

Комментарии к гражданскому законодательству #*Юссы*

# ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

постатейный комментарий  
к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса  
Российской Федерации

Под редакцией А.Г. Карапетова

- А.В. Асосков
- В.В. Байбак
- Р.С. Бевзенко
- А.А. Громов
- С.А. Громов
- В.О. Калятин
- А.Г. Карапетов
- А.А. Маркелова
- А.А. Павлов
- О.Д. Петроль
- А.О. Рыбалов
- С.В. Сарбаш
- Е.Д. Суворов
- Д.В. Федоров
- М.А. Церковников
- А.А. Ягельницкий



**МЮЛОГОС**

## Юридический институт «М-Логос»

с 2003 года является ведущей образовательной организацией в сфере дополнительного профессионального образования юристов и занимается научно-просветительскими проектами в области права.



- **Дневные, вечерние и онлайн курсы повышения квалификации юристов**
- **Организация научно-практических конференций и круглых столов**
- **Выпуск тематических дайджестов новостей права**
- **Иные просветительские и образовательные проекты в области права**

[www.m-logos.ru](http://www.m-logos.ru)



## Издательство электронных книг и видеокурсов «М-Логос»:

- **Подготовка и издание электронных книг из Серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса**
- **Издание других электронных книг по праву**
- **Издание записей видеокурсов по актуальным вопросам права**

[www.m-lawbooks.ru](http://www.m-lawbooks.ru)

# ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

---

ПОСТАТЕЙНЫЙ КОММЕНТАРИЙ  
К СТАТЬЯМ 1–16.1  
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ответственный редактор  
А.Г. Карапетов

М-Логос  
2020

УДК 347  
ББК 67.404  
075

*Ответственный редактор*

**А.Г. Карапетов** — д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос», профессор Высшей школы экономики, главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия Российской Федерации»

Серия комментариев к гражданскому законодательству #Глосса  
(издается совместно с издательством «Статут»)

**075 Основные положения гражданского права : постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации** [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. — Москва : М-Логос, 2020. — 1469 с. (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)

ISBN 978-5-6043338-2-2

Настоящий комментарий написан с целью помочь юристам-практикам, судьям, ученым и студентам, интересующимся гражданским правом, сориентироваться в проблемных вопросах применения положений, содержащихся в ст. 1–16.1 ГК РФ. На страницах данной книги подробно разбираются такие вопросы, как добросовестность и иные принципы гражданского права, источники гражданского права, аналогия закона и иные методы восполнения пробелов в гражданском праве, действие норм гражданского законодательства во времени, отказ от прав, эстоппель, обход закона и другие проявления доктрины злоупотребления правом, взыскание убытков, иски о понуждении к исполнению обязанности в натуре, признании права и иные способы защиты права, гражданская ответственность государства и многое другое. Авторы ставили себе задачу осветить максимальное число сложных и неоднозначных вопросов толкования и применения закрепленных в указанных статьях общих положений ГК РФ, отразить по возможности всю накопившуюся судебную практику применения этих статей высшими судами и в ряде случаев предложить оптимальные пути решения выявленных проблем и коллизий.

УДК 347  
ББК 67.404

ISBN 978-5-6043338-2-2

© Коллектив авторов, 2020  
© М-Логос, 2020

Уважаемые читатели!

Настоящая книга опубликована в электронной ее версии  
в свободном доступе благодаря поддержке, которую оказали:

ALLEN & OVERY



БАРТОЛИУС  
АДВОКАТСКОЕ БЮРО

КАЧКИН И ПАРТНЕРЫ

адвокатское бюро

КИАП  
digital & smart

МЗС МОНАСТЫРСКИЙ  
ЗЮБА  
СТЕПАНОВ  
& ПАРТНЕРЫ  
Коллегия адвокатов



Российский  
арбитражный  
центр

при Российском  
институте  
современного  
арбитража

S B | Saveliev, Batanov  
& P | & Partners

TOMASHEVSKAYA  
& PARTNERS

ФБК | Legal

EXIORA  
АДВОКАТСКОЕ БЮРО



Адвокатская фирма  
«ЮСТИНА»

*Посвящается 25-летию вступления в силу  
части первой Гражданского кодекса Российской Федерации*

## АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

**Асосков Антон Владимирович** – д.ю.н., профессор кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ:

– комментарий к статье 7 ГК РФ;

**Байбак Всеволод Владимирович** – к.ю.н., доцент Высшей школы экономики (Санкт-Петербургский филиал), адвокат:

– комментарий к статье 15 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

**Бевзенко Роман Сергеевич** – к.ю.н., профессор Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, доцент факультета права Высшей школы экономики, партнер юридической компании «Пепеляев Групп»:

– комментарий к статье 8.1 ГК РФ;

**Громов Андрей Андреевич** – к.ю.н., магистр частного права:

– пункт 7 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

– комментарий к статье 14 ГК РФ;

**Громов Сергей Александрович** – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета:

– пункты 2–4 и 14 комментария к статье 12 ГК РФ;

– пункт 13 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

**Калятин Виталий Олегович** – к.ю.н., профессор Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, старший научный сотрудник Высшей школы экономики, главный юрист по интеллектуальной собственности ООО «УК «РОСНАНО»»:

– пункт 2.12 комментария к статье 9 ГК РФ;

**Каранетов Артем Георгиевич** — д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос», профессор Высшей школы экономики, главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия Российской Федерации»:

- пункт 1.6 комментария к статье 1 ГК РФ в соавторстве с С.В. Сарбашом и А.О. Рыбаловым;
- пункты 3–5 комментария к статье 1 ГК РФ;
- пункты 1–1.7, 2–3.2 комментария к статье 2 ГК РФ;
- пункт 1.8 комментария к статье 2 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;
- комментарий к статье 3 ГК РФ в соавторстве с С.В. Сарбашом;
- комментарий к статьям 5 и 6 ГК РФ;
- пункты 1–2.3, 2.5, подпункт «а» пункта 2.6, пункты 2.7–2.9, 2.13 комментария к статье 9 ГК РФ;
- пункт 2.4 комментария к статье 9 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;
- пункты 1–1.4, 1.6, 1.8–1.14, 1.16–5.3 комментария к статье 10 ГК РФ;
- пункт 1.5 комментария к статье 10 ГК РФ в соавторстве с Е.Д. Суворовым;
- пункт 1.7 комментария к статье 10 ГК РФ в соавторстве с Д.В. Федоровым;
- комментарий к статье 11 ГК РФ;
- вводные замечания, пункты 5 и 6, 8–11 комментария к статье 12 ГК РФ;
- пункт 7 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с А.А. Громовым;
- пункт 13 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с С.А. Громовым;
- комментарий к статье 15 ГК РФ в соавторстве с В.В. Байбаком;

**Маркелова Анна Анатольевна** — магистр частного права, консультант Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ:

- комментарии к статьям 16 и 16.1 ГК РФ в соавторстве с А.А. Ягельницким;

**Павлов Андрей Анатольевич** — к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета:



- пункт 1.8 комментария к статье 2 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;
- комментарий к статье 8 ГК РФ;
- пункт 2.4 к статье 9 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

***Петроль Олеся Дмитриевна*** – партнер юридической фирмы «Petroil Chilikov», магистр юриспруденции:

- пункт 12 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с А.А. Ягельницким;

***Рыбалов Андрей Олегович*** – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, начальник Управления конституционных основ частного права Конституционного Суда РФ:

- пункт 1.6 комментария к статье 1 ГК РФ в соавторстве с С.В. Сарбашом и А.Г. Карапетовым;
- подпункт «б» пункта 2.6, пункты 2.10 и 2.11 комментария к статье 9 ГК РФ;
- пункт 1.15 комментария к статье 10 ГК РФ;

***Сарбаш Сергей Васильевич*** – д.ю.н., судья ВАС РФ в отставке:

- пункты 1–1.5, 1.7–2.2 комментария к статье 1 ГК РФ;
- пункт 1.6 комментария к статье 1 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым и А.О. Рыбаловым;
- комментарий к статье 3 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

***Суворов Евгений Дмитриевич*** – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), адвокат, партнер адвокатского бюро «СИНУМ АДВ»:

- пункт 1.5 комментария к статье 10 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

***Федоров Дмитрий Владиславович*** – магистр юриспруденции, старший эксперт направления «Правовое развитие» Центра стратегических разработок:

- пункт 1.7 комментария к статье 10 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

***Церковников Михаил Александрович*** – к.ю.н., доцент кафедры обязательственного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ:

– комментарии к статьям 4 и 13 ГК РФ;

***Ягельницкий Александр Александрович*** – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова:

– комментарий к статьям 16 и 16.1 ГК РФ в соавторстве с А.А. Маркеловой;

– пункт 12 комментария к статье 12 ГК РФ в соавторстве с О.Д. Петроль.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>Предисловие от ответственного редактора .....</b>	<b>36</b>
<b>Принятые сокращения .....</b>	<b>41</b>
<b>ГЛАВА 1. ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО .....</b>	<b>44</b>
<b>Статья 1. Основные начала гражданского законодательства.....</b>	<b>44</b>
1. Принципы гражданского права .....	44
1.1. О принципах права вообще.....	44
1.2. О принципах гражданского права .....	48
1.3. Практическое проявление принципов гражданского права ...	54
1.4. Перечень принципов гражданского права: общие замечания.....	56
1.5. Равенство участников гражданских отношений .....	56
1.6. Неприкосновенность собственности .....	62
(а) Значение идеи собственности .....	62
(б) Этическое, политическое и экономическое значение собственности .....	68
(в) Значение идеи охраны собственности .....	73
(г) Пределы собственности .....	75
(д) Изъятие собственности .....	76
1.7. Свобода договора.....	81
1.8. Недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела .....	89
1.9. Беспрепятственное осуществление гражданских прав.....	95
1.10. Обеспечение восстановления нарушенных прав .....	100
1.11. Судебная защита гражданских прав.....	104
1.12. Иные принципы гражданского права.....	107
1.13. Примеры применения принципов гражданского права .....	109
(а) Навязывание услуг.....	109
(б) Самозащита.....	109
(в) Оспаривание нормативных актов .....	109
(г) Способ защиты .....	110
(д) Оспаривание ничтожной сделки .....	111
(е) Самовольная постройка .....	111
(ж) Снижение неустойки .....	111
(з) Дискриминационный договор .....	112
(и) Процесс .....	112

(к) Экономическая деятельность.....	112
(л) Равенство прав иностранцев и штрафная неустойка.....	113
(м) Право хозяйственного ведения.....	113
(н) Негаторный иск.....	113
(о) Самовольная постройка.....	114
(п) Обязательство по содержанию другого лица.....	114
(р) Определение цены.....	114
(с) Административная отмена разрешения на строительство ...	115
(т) Бездействие залогового кредитора.....	115
(у) Отказ от права.....	115
(ф) Отсрочка исполнения решения суда.....	116
1.14. Девиантные практики использования принципов при мотивировке судебного решения.....	116
(а) Неконкретная отсылка.....	116
(б) Избыточные ссылки на принципы.....	118
(в) Ссылка не на те принципы, которые релевантны.....	120
(г) Неумение или нежелание подробно отражать в тексте судебного акта рассуждения «от принципов».....	121
(д) Игнорирование судами ссылки сторон на принципы права.....	122
(е) Необоснованное ограничение принципов.....	123
2. Диспозитивность в гражданском праве и пропорциональность ограничения гражданских прав.....	124
2.1. Принцип диспозитивности.....	124
(а) Частный интерес.....	135
(б) Свобода воли.....	136
(в) Ограничение принципа диспозитивности.....	144
2.2. Пропорциональность ограничения гражданских прав.....	145
(а) Основания ограничения.....	147
(б) Цели ограничения прав.....	149
(в) Оспаривание неправомерного ограничения.....	154
3. Принцип добросовестности.....	154
3.1. История принципа добросовестности.....	156
3.2. Добросовестность, нравственность и справедливость.....	163
3.3. Добросовестность и социальная практика и обычаи.....	168
3.4. Добросовестность как правовая концепция: стандарт поведения.....	170
3.5. Добросовестность как извинительное незнание о тех или иных обстоятельствах.....	173
3.6. Кому адресовано правовое требование добросовестности? ..	181
3.7. Добросовестность и судебное правотворчество.....	183

(а) Критика социологического взгляда.....	183
(б) Естественно-правовое понимание.....	185
(в) Позитивистский реализм .....	185
(г) Добросовестность как инструмент делегации судам правотворческой компетенции .....	188
(д) Добросовестность и формальные элементы права.....	190
(е) Роль законодателя .....	191
3.8. Эмансипация институтов, рожденных в колыбели доброй совести .....	193
3.9. Конкуренты принципа добросовестности .....	194
3.10. Функции принципа добросовестности.....	197
(а) Интерпретационная функция.....	197
(б) Конкретизирующая функция .....	198
(в) Дополняющая функция.....	200
(г) Ограничительная (корректирующая) функция.....	204
(д) Незакрытый перечень функций принципа добросовестности .....	205
(е) Дифференцированное понимание доброй совести в контексте различных ее функций .....	205
3.11. Методология применения судами принципа добросовестности.....	207
3.12. Возможность применения принципа добросовестности <i>ex officio</i> .....	211
3.13. Добросовестность как вопрос права и презумпция добросовестности.....	214
3.14. Императивность .....	216
3.15. Принцип добросовестности и специальные инструменты восстановления справедливости на основе судебного усмотрения .....	217
3.16. Добросовестность и неправомерность / незаконность.....	219
3.17. Добросовестность и вина .....	224
3.18. Сфера применения принципа добросовестности .....	226
3.19. <i>Case study</i> : добросовестность при толковании договора .....	233
3.20. <i>Case study</i> : недобросовестное поведение на стадии ведения переговоров.....	238
3.21. <i>Case study</i> : дополнение договора новыми правами и обязанностями .....	243
4. Запрет на извлечение преимуществ из незаконного или недобросовестного поведения.....	250
4.1. Некоторые известные закону специальные механизмы реализации идеи, отраженной в п. 4 ст. 1 ГК РФ .....	251

(а) В контексте отлагательного или отменительного условия ...	251
(б) Недостойный наследник .....	256
(в) Взыскание с нарушителя права доходов, извлеченных из факта правонарушения .....	256
4.2. Некоторые иные примеры применения п. 4 ст. 1 ГК РФ .....	257
(а) Невозможность реализации права, возникшего в результате неправомерного поведения .....	257
(б) Блокировка права, если его реализация приведет к результату, который будет оставлять лицу, ведущему себя неправомерно, выгоды от правонарушения .....	259
(в) Перенос рисков на сторону, допустившую просрочку кредитора .....	260
(г) Блокировка ссылки на неосторожность поведения одного лица при умышленном поведении другого .....	261
5. Экономическое единство страны .....	263
<i>Дополнительная литература</i> .....	264

## **Статья 2. Отношения, регулируемые гражданским**

<b>законодательством</b> .....	265
1. Предмет гражданского законодательства .....	266
1.1. В поисках критерия разграничения .....	272
1.2. Отвечаемые критерии отделения частного права от публичного .....	276
1.3. Правовая природа регуляторных требований .....	281
1.4. Сложные случаи .....	288
1.5. Выводы .....	292
1.6. Значение разграничения частного и публичного права .....	293
1.7. Распространение норм гражданского законодательства на отношения с участием иностранных субъектов .....	295
1.8. Отношения с участием предпринимателей как гражданско-правовые отношения .....	297
(а) Возможные подходы к определению предпринимательской деятельности .....	298
(б) Понятие и признаки предпринимательской деятельности ..	300
(в) Факторы, учитываемые при отнесении самостоятельной и рискованной деятельности к направленной на систематическое извлечение прибыли .....	306
(г) Применение факторов предпринимательства на практике ..	309
(д) Регистрация в качестве предпринимателя .....	318
(е) Специфика гражданско-правового регулирования отношений с участием предпринимателей .....	320

2. Защита неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ посредством гражданского законодательства .....	322
3. Неприменение норм гражданского законодательства к отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении .....	325
3.1. За рамками публичного права: возврат средств, уплаченных в бюджет без достаточных публично-правовых оснований .....	326
3.2. За рамками публичного права: проценты на необоснованно взысканные административные штрафы и иные публичные платежи .....	327
<i>Дополнительная литература</i> .....	329
<b>Статья 3. Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права</b> .....	329
(а) Гражданское законодательство как предмет ведения Российской Федерации .....	330
(б) Делегирование правотворчества в области гражданского права на региональный уровень .....	337
(в) Пограничные с гражданским правом области .....	341
(г) Гражданское законодательство и подзаконные правовые акты .....	343
(д) Указание на закон или законодательство в тексте федерального закона .....	346
(е) Иерархия источников позитивного гражданского права .....	347
(ж) «Вертикальные» коллизии источников позитивного гражданского права .....	349
(з) Инверсия иерархии .....	353
(и) Делегирование правотворческой компетенции .....	354
(к) Нормотворческая инфляция .....	356
(л) «Горизонтальные» коллизии между законами или иными актами одного уровня иерархии .....	358
(м) Особый статус ГК РФ .....	359
(н) Особый порядок внесения поправок в ГК РФ .....	364
(о) Действие и применение указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ .....	366
(п) Понятие «иные правовые акты» .....	367
(р) Иные источники гражданского права .....	369
(с) Судебная практика национальных судов .....	369
(т) Судебная практика ЕСПЧ .....	387
<i>Дополнительная литература</i> .....	388

<b>Статья 4. Действие гражданского законодательства во времени</b> .....	389
1. Буквальный смысл общего правила .....	389
1.1. Неопределенность понятия обратной силы .....	389
1.2. Конституционно-правовое значение запрета обратной силы .....	391
1.3. Требование адаптации к новому закону .....	393
1.4. Интерпретационный характер нормы .....	394
1.5. Обратная сила и подзаконные нормативные правовые акты .....	394
2. Действие закона применительно к ранее возникшим отношениям, сохраняющимся и после вступления в силу новых норм .....	396
2.1. Соотношение п. 1 и п. 2 ст. 4 ГК РФ .....	396
2.2. Договор; односторонние сделки .....	399
2.3. Недействительность сделок .....	400
2.4. Исковая давность .....	402
2.5. Астрент .....	407
2.6. Вещное право .....	408
2.7. Корпоративное право .....	413
2.8. Наследственное право .....	417
2.9. Момент введения в действие .....	418
<i>Дополнительная литература</i> .....	418
<b>Статья 5. Обычай</b> .....	419
1. Обычай как источник права .....	419
1.1. Понятие обычая как источника права .....	420
1.2. Аспект международного частного права .....	424
1.3. Местные обычаи .....	425
1.4. Профессиональные обычаи .....	427
1.5. Обычай в рамках конкретных социальных взаимодействий ..	427
1.6. Обычай внутри иных социальных групп по интересам .....	428
1.7. Обычай и практика, сложившаяся в отношениях сторон ..	429
1.8. Обычай делового оборота и иные обычаи .....	430
1.9. Вопрос документальной фиксации .....	431
1.10. Бремя доказывания .....	432
1.11. Значение правового обычая .....	432
1.12. Жизненный цикл обычая .....	434
1.13. Причины забвения обычая как источника права .....	434
2. Место обычая в системе источников права .....	436
2.1. Обычай и воля сторон сделки .....	439
<i>Дополнительная литература</i> .....	440



<b>Статья 6. Применение гражданского законодательства по аналогии.....</b>	<b>441</b>
1. Пробел в праве.....	441
1.1. Различие формально-логического и телеологического пробелов .....	442
1.2. Пробел в праве, подлежащий восполнению, или оправданное умолчание.....	446
1.3. Восполнение пробела в праве за счет аналогии закона .....	449
(а) Аналогия закона и телеологическое расширение .....	449
(б) Сходство правоотношения как условие применения нормы по аналогии закона .....	452
(в) Возможно ли применение по аналогии исключений из общих правил?.....	453
(г) Оптовая аналогия закона .....	455
(д) Аналогия закона как правотворчество.....	459
(е) Методология .....	459
(ж) Применение норм из одного типа источников прав для восполнения пробела в другом .....	460
(з) Межвременная аналогия закона .....	461
(и) Межотраслевая аналогия закона.....	463
2. Аналогия права и разрешение спора на основе принципов разумности, справедливости и добросовестности .....	464
2.1. Аналогия права .....	465
(а) Аналогия права, основанная на кристаллизованном принципе права или некой общей идее .....	466
(б) Аналогия права, основанная на сущности той или иной правовой конструкции .....	469
(в) Аналогия права и политика права.....	470
(г) Причины относительной нераспространенности практики применения метода аналогии права.....	470
2.2. Выведение восполняющего правила из принципов разумности, справедливости и добросовестности.....	471
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>473</i>
<b>Статья 7. Гражданское законодательство и нормы международного права.....</b>	<b>475</b>
1. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры как составная часть правовой системы Российской Федерации.....	475
1.1. Различные подходы к соотношению международного и внутригосударственного права.....	475

1.2. Общепризнанные принципы и нормы международного права как составная часть российской правовой системы.....	477
(а) Понятие.....	477
(б) Общепризнанные принципы международного права .....	478
(в) Общепризнанные нормы международного права.....	481
(г) Иной взгляд на понятие общепризнанных принципов и норм международного права .....	484
1.3. Международные договоры Российской Федерации как составная часть российской правовой системы.....	485
(а) Понятие международного договора и способы выражения согласия на его обязательность.....	485
(б) Момент, когда международный договор становится частью российской правовой системы .....	488
(в) Временное применение международного договора до его вступления в силу.....	489
(г) Россия как государство – продолжатель СССР .....	490
(д) Определение сферы действия международного договора ....	491
(е) Конкуренция норм из различных международных договоров .....	493
(ж) Акты рекомендательного характера.....	495
1.4. Постановления ЕСПЧ как составная часть российской правовой системы .....	495
2. Внутригосударственные условия включения международных договоров в российскую правовую систему.....	497
2.1. Разграничение самоисполнимых и несамоисполнимых договоров.....	497
2.2. Требование об официальном опубликовании международных договоров .....	499
2.3. Место международных договоров в российской правовой системе .....	500
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>503</i>
<b>Статья 8. Основания возникновения гражданских прав и обязанностей .....</b>	<b>504</b>
1. Общие замечания .....	505
1.1. Универсальность регулирования .....	505
1.2. Система юридических фактов гражданского права .....	506
1.3. Отражение системы юридических фактов гражданского права в законе.....	508
1.4. Виды юридических фактов. Неисчерпывающий характер перечня .....	511

(а) Договоры и иные сделки .....	511
(б) Решения собраний.....	512
(в) Акты государственных органов и органов местного самоуправления .....	513
(г) Судебное решение .....	513
(д) Приобретение имущества по основаниям, допускаемым законом .....	516
(е) Создание произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности .....	516
(ж) Причинение вреда другому лицу .....	518
(з) Неосновательное обогащение.....	518
(и) Иные действия граждан и юридических лиц как основание возникновения гражданских прав и обязанностей.....	519
(к) События .....	520
(л) «Непоименованные» юридические факты .....	520
2. Отмененный пункт 2 .....	521
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>521</i>
<b>Статья 8.1. Государственная регистрация прав на имущество.....</b>	<b>521</b>
1. Общее правовое значение регистрации прав .....	523
1.1. Сфера применения .....	529
1.2. Действие во времени .....	532
1.3. Соотношение с государственной регистрацией сделок.....	533
1.4. Объект регистрации .....	535
1.5. Государственный регистрирующий орган .....	542
1.6. Принципы регистрационного режима .....	543
(а) Легалитет.....	544
(б) Открытость.....	546
(в) Достоверность.....	548
(г) Специалитет.....	548
2. Принцип обязательности внесения записи для целей возникновения права (принцип внесения) .....	550
2.1. Общее правило .....	551
2.2. Исключения из принципа внесения.....	554
(а) Универсальное правопреемство при наследовании.....	554
(б) Универсальное правопреемство юридических лиц.....	555
(в) Приобретение имущества членом потребительского кооператива .....	557
(г) Приобретательная давность .....	558

(д) Супружеская собственность.....	560
(е) Разграничение публичных земельных участков.....	562
(ж) Ликвидационная квота.....	564
(з) Приобретение права на земельный участок под многоквартирным домом .....	565
(и) Переход права ипотеки при уступке требования, обеспеченного залогом недвижимости.....	565
(к) Передача государственного имущества в уставный капитал акционерного общества при приватизации .....	567
(л) Право члена семьи собственника на пользование жилым помещением .....	567
(м) Переход прав в рамках принципа единства судьбы прав на здания и земельные участки .....	568
(н) Гибель здания / сооружения / помещения / машиноместа..	569
(о) Прекращение ипотеки при прекращении обеспеченного долга .....	570
(п) Приобретение застройщиком права собственности на квартиры в многоквартирном доме.....	570
(р) Приобретение недвижимого имущества при помощи средств семейного капитала .....	572
(с) Выдача ценной бумаги, удостоверяющей право на имущество .....	573
2.3. «Лжеисключения» из принципа внесения .....	575
(а) «Инвестиционная собственность».....	575
(б) Аренда недвижимости с правом выкупа.....	580
(в) Хозяйственное ведение и оперативное управление .....	581
(г) Приобретение доли в собственности на недвижимую вещь.....	582
2.4. Дискуссия о принципе внесения и принципе противопоставимости.....	583
2.5. Злоупотребление принципом внесения .....	587
2.6. Проблема регистрационного разрыва .....	588
2.7. Ограничения.....	590
3. Основание записи. Соотношение основания записи и юридического последствия записи в реестре.....	591
3.1. Негативная и позитивная регистрационная система.....	591
3.2. Особенность нотариальных сделок .....	599
3.3. Заявительный характер регистрационной системы.....	601
3.4. Заявительная система и влияние судебных актов.....	602
4. Возникновение прав на основании закона .....	603
5. Пределы правовой экспертизы у регистратора .....	603

5.1. Особенности экспертизы законности сделок и решений собраний на примере оборота недвижимости .....	604
5.2. Особенности экспертизы решений публичных органов .....	607
6. Публичная достоверность реестра .....	609
6.1. Значение записи как презумпции принадлежности зарегистрированного права .....	609
6.2. Добросовестность. Стандарты добросовестности.....	611
6.3. Иные условия защиты лица, доверившегося данным реестра .....	615
(а) Возмездность .....	615
(б) Выбытие помимо воли .....	616
6.4. Защита лиц, приобретших ограниченные вещные права .....	618
6.5. Защита добросовестного приобретателя или залогодержателя исключительного права .....	619
7. Отметки реестра .....	619
7.1. Отметка о возражении (протестация).....	619
7.2. Отметка о судебном правопритязании .....	620
7.3. Иные отметки .....	620
7.4. Иные реестры .....	621
8. Обжалование действий регистратора .....	622
8.1. Предмет обжалования. Процедуры .....	622
8.2. Различие с иными способами защиты.....	622
9. Возмещение убытков.....	623
9.1. Возможные модели компенсации .....	623
9.2. Основание ответственности.....	624
9.3. Компенсационный механизм применительно к сделкам с жильем .....	627
9.4. Возмещение убытков в контексте регистрации иных прав ...	628
10. Субсидиарный характер положений комментируемой статьи ...	628
<i>Дополнительная литература</i> .....	629
<b>Статья 9. Осуществление гражданских прав</b> .....	630
1. Автономия воли при осуществлении гражданских прав .....	630
2. Отказ от осуществления гражданского права .....	632
2.1 Отказ от правоспособности .....	632
2.2. Негативное обязательство.....	633
2.3. Отказ от права и отказ от осуществления права.....	637
2.4. Отказ от обязательственного права требования (или его осуществления) и прощение долга .....	641
(а) Прощение долга как распорядительная сделка.....	641
(б) Прощаемый долг и его конкретизация.....	644

(в) Процедура прощения долга.....	647
(г) Форма распорядительной сделки .....	649
(д) Очевидность волеизъявления на отказ от права и эстоппель .....	651
(е) Согласие на сделку отказа .....	652
(ж) Прощение долга под условием.....	653
(з) Прощение долга после возбуждения судебной процедуры взыскания долга .....	654
(и) Соотношение с правилом п. 6 ст. 450.1 ГК РФ .....	655
(к) Неосуществление права требования как основание для утраты права .....	658
(л) Прощение долга, вытекающего из корпоративных, реституционных и иных относительных правоотношений.....	659
2.5. Отказ от вторичных (преобразовательных) прав или их осуществления в рамках договорного или иного правоотношения .....	661
(а) Отказ от вторичного права и отказ от осуществления такого права .....	661
(б) Учет основания возникновения вторичного права при определении допустимости отказа от права или его осуществления .....	662
(в) Момент осуществления отказа .....	663
(г) Форма отказа .....	665
(д) Условный отказ.....	666
(е) Однозначность волеизъявления.....	667
(ж) Неосуществление вторичного права .....	667
(з) Отказ от вторичного права подать преобразовательный иск и запрет на отказ на подачу иска .....	668
2.6. Отказ от (осуществления) преимущественного права.....	669
(а) Отказ от преимущественного корпоративного права.....	669
(б) Отказ от преимущественного права, вытекающего из вещных правоотношений .....	671
2.7. Отказ от возражений в рамках относительного правоотношения .....	672
2.8. Отказ от иных прав в рамках относительных правоотношений .....	674
2.9. Влияние перемены лица в относительном правоотношении на ранее совершенный одной из сторон такого правоотношения отказ от вторичных прав, преимущественных прав и возражений.....	675

2.10. Отказ от права собственности .....	676
(а) Отказ от права собственности на движимую вещь .....	676
(б) Отказ от права собственности на недвижимость .....	680
(в) Отказ от права собственности как сделка .....	687
(г) Отличие отказа от права собственности от иных форм распоряжения вещью .....	687
(д) Сохранение ограниченных вещных прав при отказе от права собственности .....	688
(е) Утрата права собственности в связи с его неосуществлением .....	689
2.11. Отказ от ограниченных вещных прав и утрата таких прав в связи с их неосуществлением .....	691
(а) Отказ от ограниченного вещного права .....	691
(б) Неосуществление ограниченного вещного права .....	694
2.12. Отказ от личных неимущественных прав автора и исключительных прав .....	696
2.13. Отказ от наследственных прав .....	701
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>701</i>
<b>Статья 10. Пределы осуществления гражданских прав .....</b>	<b>702</b>
1. Запрет злоупотребления правом и принцип добросовестности .....	702
1.1. Злоупотребление правом и субъективное отношение управомоченного лица к своему поведению .....	705
1.2. Методологические аспекты .....	706
1.3. Примеры злоупотребления правом: вводные замечания .....	713
1.4. Примеры злоупотребления правом: шикана .....	714
1.5. Примеры злоупотребления правом: обход закона .....	715
(а) Понятие обхода закона .....	715
(б) Последствия обхода закона .....	719
(в) Альтернативы доктрине обхода закона: доктрина притворной сделки .....	721
(г) Альтернативы доктрине обхода закона: телеологическое толкование и аналогия закона .....	735
(д) Конвертация заблокированных через доктрину обхода закона манипуляций в текстуальное расширение охвата гипотезы нормы .....	739
(е) Обход правил о госзакупках: спорный пример применения правил об обходе закона .....	740
1.6. Примеры злоупотребления правом: ограничение конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке и недобросовестная конкуренция .....	742

1.7. Примеры злоупотребления правом: эстоппель.....	744
(а) Обязательные условия для применения эстоппеля .....	746
(б) Факторы, указывающие на несправедливость подрыва доверия .....	747
(в) Спорный вопрос о роли фактора адаптации поведения и ущерба .....	751
(г) Субсидиарность эстоппеля .....	753
(д) Эстоппель и признание договора заключенным.....	758
(е) Эстоппель и конвалидация ничтожной сделки.....	761
(ж) Эстоппель и признание договора измененным конклюдентным соглашением.....	771
(з) Эстоппель и дезавуирование ранее состоявшегося расторжения договора .....	773
(и) Эстоппель и отказ от права или его осуществления.....	775
(к) Эстоппель и заявления (соглашения) о фактах.....	782
(л) Эстоппель и представительство в силу обстановки .....	793
(м) Подтверждение оспоримых сделок и сделок, совершенных неуполномоченным лицом .....	794
(н) Эстоппель в вещном праве .....	796
(о) Эстоппель в процессуальном праве и иных публичных областях права.....	801
(п) Эстоппель без доверия: возможно ли это? .....	803
(р) Диспозитивность .....	805
(с) Последствия применения эстоппеля.....	806
1.8. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление секундарного права на изменение или определение условий договора, а также отказ от договора ...	807
1.9. Примеры злоупотребления правом: недействительность договора, заключенного в результате злоупотребления правом ...	813
(а) Применение ст. 168 совместно со ст. 10 ГК РФ .....	813
(б) Недопустимость игнорирования принципа <i>lex specialis</i> .....	814
(в) Оспоримость или ничтожность?.....	816
(г) Конкретные примеры: сделки должника, совершенные с целью вывода имущества из-под взыскания .....	817
(д) Конкретные примеры: сделки по выводу имущества из-под ареста.....	820
(е) Конкретные примеры: сделки должника с третьими лицами, влекущие нарушение прав кредитора по обязательству ....	822
(ж) Вывод имущества из-под взыскания, ареста или иные случаи недобросовестной интервенции: ничтожность или оспоримость? .....	828



(з) Конкретные примеры: сделки, совершенные на вопиюще аномальных условиях .....	831
(и) Конкретные примеры: злоупотребление доверием и зависимым положением, а также эксплуатация неопытности в делах .....	833
(к) Необходимость осторожного отношения к применению ст. 10 ГК РФ для обоснования недействительности .....	835
(л) Соотношение со ст. 169 ГК РФ .....	835
1.10. Примеры злоупотребления правом: навязывание несправедливых условий договора при явной асимметрии переговорных возможностей .....	836
1.11. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное использование возражений .....	843
1.12. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное уклонение от предоставления согласия .....	844
1.13. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление права на несанкционированный «перехват» денежных требований по правилам ст. 313 ГК РФ .....	845
1.14. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное использование наименования другой некоммерческой организации или имени гражданина .....	846
1.15. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление права собственности .....	847
(а) Соседские отношения .....	848
(б) Общая собственность .....	850
(в) Бездействие как злоупотребление .....	851
(г) Использование несоразмерного способа защиты права .....	852
(д) «Сбрасывание» обременений права собственности .....	853
(е) Злоупотребление ограниченным вещным правом .....	854
1.16. Другие примеры .....	854
(а) Злоупотребление правом требовать предъявления нотариальной доверенности при сдаче-приемке товара ....	854
(б) Злоупотребление правом арендатора на перенаем .....	855
(в) Злоупотребление солидарным должником, исполнившим обязательство, не воспользовавшись общими для всех содолжников возражениями, а затем заявившим регрессный иск к содолжникам .....	855
(г) Злоупотребление правом при заключении кредитором и поручителем договора поручительства без согласия должника и во вред его интересам .....	856
(д) Злоупотребление при выдаче независимой гарантии .....	857

(е) Злоупотребление бенефициаром независимостью гарантии .....	857
(ж) Злоупотребление правом на начисление пеней в период после того, как кредитор выразил свою волю на прекращение договора.....	860
(з) Злоупотребление должником своим правом исполнить обязательство в пользу изначального кредитора при неполучении уведомления о переходе права.....	860
(и) Злоупотребление правом на взыскание абстрактных убытков .....	861
(к) Злоупотребление правом требования заключения публичного договора .....	861
(л) Порочность поведения истца при совершении сделки как основание для отказа в иске о реституции на основании ст. 10 ГК РФ.....	862
(м) Злоупотребление стороной сделки правом сослаться на ее мнимость или притворность в спорах с субъективно добросовестными третьими лицами .....	863
(н) Злоупотребление правом на оспаривание сделки по основанию невменяемости в ситуации, когда такое состояние своего сознания в момент совершения сделки было спровоцировано самим лицом, оспаривающим сделку .....	864
(о) Злоупотребление правом участника общества на доступ к информации .....	865
(п) Злоупотребление конструкцией юридического лица .....	866
(р) Недобросовестное использование процессуальных прав.....	866
2. Санкции за злоупотребление правом .....	866
3. Последствия совершения действий с целью обхода закона .....	869
4. Злоупотребление правом как основание для взыскания убытков.....	869
4.1. Взыскание убытков при злоупотреблении договорным правом .....	870
4.2. Взыскание убытков при злоупотреблении иными правами.....	872
5. Презумпция добросовестности.....	878
5.1. Презумпция объективной добросовестности.....	878
5.2. Презумпция субъективной добросовестности .....	880
5.3. Презумпция разумности .....	884
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>886</i>

<b>Статья 11. Судебная защита гражданских прав</b> .....	890
1. Судебная защита прав .....	890
1.1. Природа права на судебную защиту .....	893
2. Административный порядок защиты гражданского права .....	894
2.1. Обязательная административная процедура .....	894
(а) Споры в сфере интеллектуальной собственности .....	895
(б) Споры по требованиям потребителя финансовых услуг ....	895
(в) Последствия несоблюдения обязательной административной процедуры .....	896
2.2. Опциональная административная процедура .....	897
<b>Статья 12. Способы защиты гражданских прав</b> .....	898
1. Вводные замечания .....	898
2. Признание права .....	900
2.1. Установительные требования .....	900
(а) Понятие .....	900
(б) Условия обращения с требованием о признании права ....	903
(в) Недопустимость по общему правилу удовлетворения требований о признании права без надлежащей регистрации .....	906
(г) Условия допустимости требования о признании прав на недвижимое имущество в отсутствие регистрации .....	908
(д) Вопрос о признании права из незарегистрированной сделки .....	914
(е) Выбор редакции закона, применимой в деле по иску о признании права .....	915
(ж) Темпоральный аспект допустимости требований о признании .....	916
(з) Активная легитимация .....	918
(и) Пассивная легитимация .....	921
(к) Примеры установительных требований: признание вещных прав .....	923
(л) Примеры установительных требований: признание обязательственных прав .....	924
(м) Примеры установительных требований: признание интеллектуальных прав .....	927
(н) Примеры установительных требований: признание корпоративных прав .....	928
(о) Примеры установительных требований: иные права и объекты .....	928
(п) Проблема применения исковой давности .....	929

(р) Особый режим установительных притязаний при банкротстве ответчика.....	933
(с) Отграничение притязаний о признании права от требований об установлении юридических фактов.....	933
(т) Решение по иску о признании права: его значение, содержание и последствия .....	935
2.2. Исполнительные притязания под видом иска о признании .....	939
2.3. Преобразовательные притязания .....	941
(а) Признание права собственности на вновь возведенный объект недвижимости, приобретаемого первоначальным способом .....	942
(б) Изменение прав участников общей собственности.....	944
(в) Признание права на самовольную постройку.....	944
(г) Приватизация жилья .....	946
(д) Признание права собственности в силу приобретательной давности .....	946
(е) Резервная функция исков о признании права .....	947
2.4. Выбор надлежащего способа защиты прав на объекты инвестиционной деятельности в сфере строительства .....	948
(а) Практика арбитражных судов .....	949
(б) Практика судов общей юрисдикции.....	952
(в) Особенности рассмотрения притязаний на объекты долевого строительства при банкротстве застройщика .....	955
2.5. Негативные (отрицательные) требования о признании .....	959
(а) Общие сведения.....	959
(б) Признание права отсутствующим.....	963
3. Восстановление положения, существовавшего до нарушения права .....	969
3.1. Содержание понятия.....	970
3.2. Объем понятия .....	971
3.3. Условия удовлетворения требования .....	975
3.4. Роль требования о восстановлении прежнего положения как субсидиарного способа защиты .....	977
3.5. Примеры применения: восстановление корпоративного контроля.....	978
3.6. Примеры применения: восстановление прежнего положения при причинении вреда в отсутствие условий привлечения к деликтной ответственности.....	980
3.7. Примеры применения: восстановление прав на земельные участки.....	981

3.8. Примеры применения: выселение незаконно вселившегося лица.....	982
4. Пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения.....	982
4.1. Понятие .....	982
4.2. Пресечение действий, нарушающих право .....	983
4.3. Пресечение действий, создающих угрозу нарушения права .....	985
4.4. Процессуальный аспект .....	988
4.5. Примеры использования: защита частных прав и интересов.....	989
(а) Вещные права .....	989
(б) Обязательственные права.....	996
(в) Личные неимущественные права.....	997
(г) Интеллектуальные права.....	998
(д) Банкротство .....	1000
4.6. Примеры использования: защита публичных интересов ....	1001
(а) Охрана окружающей среды .....	1001
(б) Противодействие недобросовестной конкуренции .....	1005
(в) Защита прав потребителей .....	1005
(г) Пресечение незаконной деятельности .....	1005
4.7. Обеспечительные меры .....	1006
5. Признание оспоримой сделки недействительной и реституция по ней, а также реституция по ничтожной сделке.....	1008
6. Признание недействительным решения собрания.....	1010
7. Присуждение к исполнению обязанности в натуре.....	1010
7.1. Общие замечания о сфере действия иска об исполнении в натуре .....	1010
7.2. Отличие иска о присуждении к исполнению обязанности в натуре от вещного иска .....	1015
7.3. Корпоративные споры .....	1016
7.4. Абсолютные препятствия к удовлетворению иска .....	1017
(а) Наличие прямого законодательного ограничения.....	1017
(б) Неопределенность предмета требования.....	1017
(в) Наличие договорного ограничения .....	1019
(г) Невозможность исполнения .....	1020
(д) Существенная затруднительность исполнения денежного обязательства .....	1025
(е) Недопустимость принуждения к предоставлению дара....	1027
(ж) Недопустимость принуждения к тесному сотрудничеству и длительному взаимодействию.....	1027

(з) Недопустимость принуждения к реализации продолжительной деятельности.....	1028
(и) Несозревшее обязательство.....	1029
(к) Недопустимость понуждения к исполнению обязательства, предполагающего использование творческих навыков, способностей и мастерства.....	1032
(л) Невозможность понуждения к кредитованию и предоставлению займа по консенсуальному договору ....	1033
(м) Проблема присуждения к исполнению «открывающего» обязательства по синаллагматическому договору.....	1035
(н) Противоречие публичным интересам .....	1039
(о) Возражение о правомерном удержании .....	1040
(п) Просрочка кредитора .....	1040
(р) Злоупотребление правом как основание для ограничения иска .....	1040
(с) Пропуск разумного срока на предъявление иска о понуждении к исполнению в натуре.....	1041
7.5. Универсальный гибкий критерий определения допустимости иска об исполнении в натуре неденежного обязательства при отсутствии абсолютных препятствий к удовлетворению иска .....	1041
7.6. Допустимость удовлетворения требования об исполнении различных типов неденежных обязательств .....	1043
(а) Иски о передаче в натуре недвижимости, документов или иной индивидуально-определенной вещи, наличествующей у ответчика .....	1043
(б) Иски о передаче покупателю доли в ООО, акций, патентов или товарных знаков и иных имущественных прав, учитываемых в тех или иных реестрах.....	1048
(в) Иски о переводе нерегистрируемых имущественных прав на кредитора .....	1048
(г) Иски о понуждении к заключению договора или совершению иного волеизъявления .....	1049
(д) Иски о передаче информации или документации .....	1052
(е) Иски о принуждении к выполнению работ или услуг .....	1053
(ж) Иски о принуждении к устранению дефектов в переданном товаре или выполненных работах.....	1054
(з) Принуждение к передаче родовых вещей.....	1054
7.7. Проблема понуждения к исполнению кредиторской обязанности.....	1055

7.8. Выбор средств защиты, несовместимых с исполнением в натуре .....	1058
7.9. Банкротство и трансформация неденежных обязательств.....	1060
7.10. Стадия исполнительного производства.....	1060
7.11. Астрент.....	1062
(а) Природа астрента.....	1062
(б) Сфера применения .....	1063
(в) Размер астрента .....	1065
(г) Процедурные аспекты .....	1066
(д) Смягчения.....	1067
(е) Правопреемство.....	1068
(ж) Императивность .....	1068
(з) Действие во времени .....	1068
7.12. Замена способа исполнения.....	1068
8. Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления .....	1071
9. Самозащита права .....	1071
10. Возмещение убытков.....	1071
11. Взыскание неустойки .....	1072
12. Взыскание морального вреда .....	1073
12.1. Общие замечания .....	1073
12.2. Обоснование существования института компенсации морального вреда .....	1074
12.3. Сфера применения морального вреда .....	1075
12.4. Активная легитимация на иск о возмещении морального вреда: гражданин.....	1078
12.5 Активная легитимация на иск о возмещении морального вреда: юридическое лицо.....	1079
12.6. Пассивная легитимация по иску о возмещении морального вреда .....	1084
12.7. Основания ответственности.....	1084
12.8. Серьезность страданий истца.....	1084
12.9. Объективный или субъективный подходы к оценке страданий .....	1085
12.10. «Доказывание» морального вреда .....	1085
12.11. Суммы присуждения .....	1086
13. Прекращение или изменение правоотношения .....	1088
14. Неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону.....	1094
14.1. Неприменение нормативного правового акта .....	1095
14.2. Неприменение индивидуального акта.....	1100

14.3. Последствия противоречия закону локальных актов .....	1101
15. Иные способы защиты, предусмотренные законом .....	1103
16. Могут ли использоваться способы защиты права, неизвестные закону, но предусмотренные в договоре?.....	1103
17. Допустимость использования неизвестных закону и не согласованных сторонами способов защиты права .....	1104
18. Проблема выбора надлежащего способа защиты права .....	1107
(а) Общие замечания .....	1107
(б) Последствия неверного выбора способа защиты .....	1109
(в) Вынесение вопроса о квалификации на обсуждение.....	1118
(г) Обязательное раскрытие судом выбранной им квалификации .....	1122
(д) Отказ истца от квалификации своего требования и выдвижение альтернативных правовых квалификаций.....	1123
(е) Допустим ли свободный выбор истцом одной из нескольких конкурирующих правовых квалификаций требования?.....	1125
<i>Дополнительная литература</i> .....	1129

**Статья 13. Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления** .....

1. Общая характеристика права на отдельное оспаривание акта органа.....	1131
2. Компетентный суд.....	1133
3. Проверка законности акта при рассмотрении частного спора .....	1135
4. Абстрактный нормоконтроль .....	1136
4.1. Деление актов на нормативные и ненормативные .....	1136
4.2. Процедура .....	1138
4.3. Специфика конституционного нормоконтроля .....	1141
5. Присуждение .....	1144
6. Исковая давность по гражданскому иску и оспаривание акта органа.....	1145
<i>Дополнительная литература</i> .....	1146

**Статья 14. Самозащита гражданских прав**.....

1. Общие замечания .....	1147
2. Что понимается под самозащитой? .....	1149
3. Условия допустимости самозащиты.....	1152
4. Самозащита и судебная защита права: конкуренция .....	1153



5. Самозащита, предполагающая воздействие на чужое имущество и (или) личность.....	1155
5.1. Необходимая оборона .....	1156
(а) Условия для необходимой обороны.....	1156
(б) Правовые последствия необходимой обороны .....	1166
(в) Правовые последствия превышения пределов необходимой обороны.....	1166
5.2. Крайняя необходимость.....	1167
(а) Соотношение норм гражданского, уголовного и административного законодательства .....	1167
(б) Условия правомерности причинения вреда при крайней необходимости.....	1168
(в) Последствия причинения вреда в рамках крайней необходимости.....	1171
5.3. Отличие крайней необходимости от необходимой обороны .....	1173
5.4. Иное воздействие на чужую личность и имущество. Самопомощь .....	1174
6. Самозащита, предполагающая воздействие на свое имущество .....	1182
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>1184</i>
<b>Статья 15. Возмещение убытков .....</b>	<b>1185</b>
1. Принцип полного возмещения убытков: общие замечания .....	1185
1.1. Возмещение убытков как санкция за правонарушение: политика права.....	1189
1.2. Деликт как основание для взыскания убытков.....	1192
1.3. Основания взыскания убытков: состоявшееся нарушение обязательства.....	1205
(а) Соотношение договорного и деликтного режимов взыскания убытков .....	1208
(б) Ответственность за нарушение договорной гарантии .....	1215
1.4. Основания взыскания убытков: предвидимое нарушение обязательства.....	1217
1.5. Основания взыскания убытков: предоставление недостоверных заверений.....	1218
1.6. Основания взыскания убытков: правомерное поведение .....	1221
1.7. Модель расчета убытков.....	1223
(а) Деликт и преддоговорная ответственность .....	1223
(б) Ответственность за нарушение обязательства.....	1226

(в) Убытки за недостоверные заверения .....	1232
(г) Убытки в случае правомерного поведения .....	1233
1.8. Полное возмещение убытков и недопущение неосновательного обогащения пострадавшего.....	1234
1.9. Сверхкомпенсационные взыскания .....	1242
1.10. Санкции, схожие с убытками.....	1246
(а) Убытки и моральный вред.....	1246
(б) Убытки и взыскание основного долга .....	1247
(в) Убытки, неосновательное обогащение и компенсационная реституция.....	1249
(г) Убытки и возврат полученного по расторгнутому договору .....	1252
(д) Убытки и последствия эвикции .....	1254
(е) Убытки и соразмерное уменьшение цены .....	1257
(ж) Убытки и взыскание судебных расходов .....	1266
(з) Возмещение потерь .....	1270
(и) Неустойка и проценты годовые за просрочку .....	1271
(к) Заранее оцененные убытки .....	1273
1.11. Ограничение объема ответственности по закону или в силу договора.....	1275
(а) Ограничение объема возмещаемых убытков в силу положений закона .....	1275
(б) Ограничение объема ответственности соглашением сторон.....	1277
(в) Предварительное согласование ограничения объема договорной ответственности.....	1278
(г) Предварительное согласование ограничения деликтной ответственности.....	1280
1.12. Номинальные убытки.....	1281
1.13. Учет вины пострадавшего и митигация убытков .....	1282
1.14. Исковая давность по искам о взыскании убытков.....	1283
1.15. Возможность взыскания новых убытков, возникших после вынесения судом решения о взыскании убытков .....	1287
1.16. Возможность уступки требования о взыскании убытков ....	1287
1.17. Начисление процентов на убытки .....	1291
1.18. Зачет убытков.....	1294
1.19. Дистрибутивная справедливость и убытки.....	1298
2. Виды возмещаемых убытков.....	1303
2.1. Реальный ущерб.....	1304
(а) Понесенные расходы.....	1304
(б) Будущие расходы .....	1306

(в) Утрата и повреждение имущества.....	1311
(г) Злоупотребления при взыскании расходов .....	1312
2.2. Упущенная выгода.....	1313
(а) Методы расчета упущенной выгоды: доходы минус экономия на расходах.....	1314
(б) Методы расчета упущенной выгоды: метод «до и после» .....	1317
(в) Методы расчета упущенной выгоды: метод сравнимых показателей .....	1319
(г) Замещающая сделка и абстрактные убытки .....	1320
(д) Несостоявшееся приращение имущественной массы .....	1321
(е) Учет приготовлений к получению доходов .....	1322
(ж) Доказывание упущенной выгоды при некоммерческом характере деятельности пострадавшего .....	1322
(з) Проблема смещения доходов .....	1324
2.3. Обоснованность дифференциации правовых режимов реального ущерба и упущенной выгоды .....	1324
2.4. Стандарт доказывания размера убытков .....	1329
2.5. Сложности с определением убытков при расчете будущих расходов в составе реального ущерба или будущих выпадающих доходов в составе упущенной выгоды .....	1336
2.6. Причинно-следственная связь .....	1338
(а) Определение объективной причинности .....	1339
(б) Тест на юридическую вменяемость убытков .....	1345
2.7. Компенсация за утраченный шанс .....	1351
2.8. Инфляционный компонент убытков .....	1353
2.9. Валюта обязательства по возмещению убытков и проблема волатильности курсовой конъюнктуры.....	1357
2.10. Уточнение методики определения убытков в законе или договоре.....	1361
2.11. Учет субъективной ценности объекта посягательств или предмета договорного предоставления.....	1363
2.12. Истребование неправомερных доходов.....	1366
2.13. Налоговые аспекты расчета убытков .....	1370
2.14. Правило <i>de minimis</i> .....	1371
<i>Дополнительная литература</i> .....	1371
<b>Статья 16. Возмещение убытков, причиненных государственными органами и органами местного самоуправления</b> .....	1375
1. Сфера действия ст. 16 ГК РФ.....	1375
1.1. Место ст. 16 в системе ГК РФ .....	1375

1.2. Публичный деликт и полномочия должностного лица .....	1377
1.3. Деликты физических и юридических лиц, привлеченных государством для исполнения публичных функций .....	1378
1.4. Ответственность за ненадлежащее управление государственной собственностью .....	1385
2. Вред .....	1387
2.1. Примеры убытков .....	1388
2.2. Моральный вред .....	1388
2.3. Убытки за утрату шанса .....	1391
2.4. Судебные издержки по делу .....	1392
3. Незаконность .....	1397
3.1. Незаконность как причинение вреда, не обусловленного публичным интересом .....	1397
3.2. Незаконность как нарушение принципов права .....	1398
3.3. Незаконность как приложение недостаточных усилий .....	1400
3.4. Незаконность как негативный результат .....	1401
3.5. Незаконность как организационные ошибки .....	1403
3.6. Субъективная противоправность и чистые экономические убытки .....	1406
3.7. Незаконность и неконституционность .....	1409
3.8. Процессуальные вопросы доказывания незаконности .....	1411
4. Вина .....	1413
4.1. Понятие вины .....	1413
4.2. Стандарт вины и соотношение с незаконностью .....	1414
4.3. Безвиновная ответственность .....	1417
4.4. Вина судьи .....	1421
5. Причинно-следственная связь .....	1428
5.1. «Прямая» причинно-следственная связь .....	1429
5.2. Бездействие контрольных органов как причина вреда .....	1430
5.3. Бездействие правоохранительных органов как причина вреда .....	1432
5.4. Бездействие (действия) судебного пристава-исполнителя как причина вреда .....	1432
5.5. Вина потерпевшего .....	1436
<i>Дополнительная литература</i> .....	1438
<b>Статья 16.1. Компенсация ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов и органов местного самоуправления</b> .....	1440
1. История принятия ст. 16.1 ГК РФ .....	1440
2. Разграничение ст. 16.1 и ст. 16 ГК РФ .....	1441

3. Вред, возмещаемый в соответствии со ст. 16.1 ГК РФ .....	1443
4. Причинители правомерного вреда .....	1444
5. Пример: отчуждение имущества для государственных нужд ....	1445
5.1. Национализация в Крыму.....	1446
5.2. Фактическое лишение имущества без изъятия .....	1447
6. Пример: компенсация за ограничение права пользования земельным участком .....	1448
7. Пример: возмещение убытков в связи с утратой зарегистрированного права на недвижимое имущество .....	1453
8. Пример: реквизиция .....	1456
9. Пример: компенсация не полученных частными лицами доходов в связи с оказанием услуг по льготным ценам.....	1457
9.1. Компенсация расходов «агентам» перевозчиков .....	1458
9.2. Публично-правовое образование, обязанное компенсировать расходы .....	1459
9.3. Особенности исчисления исковой давности .....	1461
10. Пример: возмещение вреда, причиненного ликвидацией игорной зоны.....	1462
11. Пример: возмещение вреда, причиненного опасной деятельностью .....	1463
<i>Дополнительная литература .....</i>	<i>1467</i>

## ПРЕДИСЛОВИЕ ОТ ОТВЕТСТВЕННОГО РЕДАКТОРА

Представленный на суд читателя постатейный комментарий является пятым в начатой в 2017 г. электронным издательством «М-Логос» и издательством «Статут» серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса. Первая книга в этой серии была посвящена общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах и была издана в начале 2017 г.<sup>1</sup> Вторая, вышедшая в начале 2018 г., – общим положениям о сделках, представительстве и исковой давности<sup>2</sup>. Третья, опубликованная в сентябре 2018 г., – положениям ГК РФ о наследственном праве<sup>3</sup>. Четвертая, увидевшая свет весной 2019 г., – положениям ГК РФ о финансовых сделках – займе, кредите, факторинге, вкладе и счете<sup>4</sup>. В настоящей – пятой – книге серии авторский коллектив сконцентрировался на общих положениях ГК РФ, закрепленных в его ст. 1–16.1.

Какова концепция данной книги? Повторю здесь те тезисы, которые уже озвучивал во введении к ряду предыдущих книг серии и обращаю внимание на ряд особенностей этого тома.

В современных условиях трудно представить себе применение любого кодифицированного акта без постатейных комментариев, написанных экспертами в соответствующих областях права и позволяющих сориентироваться в основных положениях кодекса. Такой научно-практический формат юридической литературы характерен для многих европейских стран (например, Германии, Швейцарии и др.) и пользуется широким признанием у практикующих юристов, нотариусов, судей, студентов и ученых.

В России также издается достаточное число постатейных комментариев к различным кодексам, но многие из них (хотя, безусловно, и не все) страдают в той или иной мере рядом существенных недостатков. Во-первых, в них очень часто не представлена полностью судебная пра-

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017.

<sup>2</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018.

<sup>3</sup> Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018.

<sup>4</sup> Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019.

ктика высших судов по толкованию соответствующих статей кодекса. В то же время без учета правовых позиций высших судов понимание реально действующего российского права («права в действии», а не «права в книгах») и его практическое применение крайне затруднено. Во-вторых, такие комментарии нередко не ставят себе задачу вскрыть и осветить основные проблемные и неоднозначные вопросы, противоречия и ошибки внутри текста кодекса и вместо этого пытаются, скорее, сгладить или обойти острые углы, а то и вовсе содержат простой пересказ комментируемой нормы другими словами. В результате у юристов, читающих такие комментарии, не возникает понимания всего спектра проблем и вопросов, с которыми они могут столкнуться впоследствии в рамках правоприменения. Эти недостатки снижают практическую и научную ценность подобных комментариев для юридического сообщества. Сказанное, за рядом исключений, относится и к издаваемым в России постатейным комментариям к Гражданскому кодексу Российской Федерации.

В рамках серии #Глосса мы попытались создать серию критических комментариев, отличающихся от того, что издавалось в России за последние годы, а именно — комментарии с акцентом на максимально широкий обзор судебной практики высших судов по всем актуальным вопросам толкования законодательных норм и выявление наиболее острых, неоднозначных и проблемных вопросов толкования и применения соответствующих норм. Авторы настоящей книги не пытались избегать сложных вопросов, а, наоборот, делали на них акцент, выявляя противоречия и неясности в тексте ГК РФ и предлагая в ряде случаев варианты решения возникающих проблем. Юрист, изучивший настоящий комментарий, по задумке авторов должен получить представление об основных подводных камнях и проблемах, учет которых необходим для любого практикующего юриста или судьи.

При этом в центре внимания настоящего комментария оказались самые первые восемнадцать статей ГК РФ. Читатель может спросить, почему мы добрались до первых статей Кодекса только к пятой книге серии. Ответ таков: эти общие положения — одни из самых важных, и их комментирование возлагает на авторов особую ответственность. Здесь и общие принципы гражданского права, и добросовестность со своим спутником в лице доктрины злоупотребления правом, и источники гражданского права, и действие норм гражданского закона во времени, и сложнейшие вопросы отказа от права и применения эстоппеля, и взыскание убытков, и иные способы защиты права. В итоге комментирование всего восемнадцати статей ГК РФ вылилось в достаточно большую книгу. Но подобный объем сопоставим со слож-

ностью вопросов, количеством проблем и неоднозначных развилок, а также безмерностью судебной практики применения данных статей. Поэтому, надеюсь, читатель простит авторов и не заскучает на страницах данной книги.

От лица ответственного редактора хочу сделать несколько важных замечаний, позволяющих лучше понять те методологические установки, которые разделялись коллективом авторов.

Во-первых, авторы не ставили себе задачу подготовить обзор всей судебной практики применения соответствующих норм и сконцентрировались на разборе и систематизации судебной практики высших судов (прежде всего ликвидированного в 2014 г. Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ и отчасти Конституционного Суда РФ). Анализ практики нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции был бы непосильной задачей и привел бы к выходу объема и без того обширной книги за все разумные пределы. В то же время юристам, желающим глубже разобраться в соответствующей проблематике, рекомендуется проводить дополнительные исследования судебной практики по интересующему вопросу. Благо современные электронные справочные системы открывают для этого все возможности.

Во-вторых, авторам по тем же причинам, связанным с поиском баланса между глубиной и широтой исследования, пришлось отказаться от идеи отразить в комментарии обзор научной литературы по соответствующим вопросам. Полноценный доктринальный обзор и систематизация взглядов ученых на те или иные проблемы толкования соответствующих статей ГК РФ были признаны избыточными в контексте формата постатейного комментария. Это несколько не означает, что авторы недооценивали важность накопившегося научного багажа и проигнорировали наработки других исследователей. Кроме того, в рамках данной книги мы решили сопроводить комментарий к каждой статье списком дополнительной литературы, рекомендуемой к изучению по вопросам, раскрываемым в тексте. Мы не стремились сформировать исчерпывающий перечень, а выделили только некоторые важные и, на субъективный взгляд авторов, достойные изучения публикации.

В-третьих, авторы едины во мнении, что в условиях российского частного права, в рамках которого большинство проблем либо вовсе не изучено, либо изучено крайне поверхностно, особую научную ценность имеет качественный компаративный анализ с акцентом на опыт ведущих континентально-европейских и англосаксонских



правопорядков. Подобный компаративный анализ ни в коем случае не должен завершаться слепым копированием выявленных зарубежных образцов; вместо этого он предполагает критическое осмысление опыта ведущих зарубежных правовых порядков и взвешенный подход к рецепции соответствующих решений. К сожалению, в рамках настоящего комментария представить такой полноценный компаративный обзор, который, безусловно, значительно обогатил бы его, не представлялось возможным. Подготовка объективного и сбалансированного компаративного обзора по ключевым правовым порядкам в отношении обсуждающихся на страницах данной книги сотен и тысяч разнообразных вопросов на текущий момент представляется труднодостижимой целью. В то же время в настоящем комментарии (в отличие от ряда предыдущих) вы можете найти фрагментарное использование компаративной информации.

В-четвертых, авторы не только выявляли проблемы в толковании норм ГК РФ, но и предлагали их решения. К сожалению, формат комментария не предоставляет возможность приводить развернутую и подробную аргументацию. Поэтому во многих случаях читатель увидит только авторское видение, но не увидит детального обоснования. В то же время применительно к особо важным проблемам авторы представляют на суд читателя и краткое обоснование сделанного ими выбора.

В-пятых, многие из выявленных вопросов толкования норм ГК РФ достаточно сложно решить без проведения глубокого научного исследования. Поэтому читатель не должен удивляться тому, что в ряде мест комментария авторы вовсе воздерживаются от высказывания своего мнения или высказывают его достаточно осторожно, оговариваясь, что здесь представлено лишь предварительное суждение по вопросу, достойное дальнейшего анализа и обсуждения.

В-шестых, коллектив авторов достаточно широк, что повлекло неизбежность согласования позиций по пересекающимся вопросам. Большинство из таких вопросов, по крайней мере по ключевым проблемам, удалось согласовать. Но внимательный читатель, возможно, сможет обнаружить некоторые частные разночтения в комментариях, подготовленных разными авторами.

В-седьмых, при написании комментария некоторые из авторов (в первую очередь С.В. Сарбаш) и я как ответственный редактор активно рецензировали тексты соавторов и выдвигали свои предложения по их оптимизации, многие из которых в итоге принимались. Но в конечном счете последнее слово оставалось за автором комментария к соответствующей статье.

Настоящая книга готовилась и редактировалась в период с апреля 2019 г. по декабрь 2019 г. и отражает текст ГК РФ, содержание иных законов и судебную практику по состоянию на конец ноября 2019 г.

В ходе написания данной книги большую помощь своими замечаниями и критикой на проекты комментариев к некоторым статьям ГК РФ оказали М.А. Ерохова, К.В. Нам, Д.Б. Абушенко, А.В. Ильин, а также многочисленные юристы, принимавшие участие в дискуссии по поводу некоторых фрагментов настоящего комментария, которые выкладывались для предварительного обсуждения на портале *www.zakon.ru*. Авторы выражают им большую признательность.

Остается надеяться на то, что данная книга покажется российским юристам полезной и поможет лучше сориентироваться в море проблемных вопросов российского гражданского законодательства.

А.Г. Карапетов

## ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

- Венская конвенция 1980 г.** – Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.)
- Модельные правила европейского частного права** – Принципы, определения и модельные правила европейского частного права: Проект общей системы координат европейского частного права (изданы в 2009 г.)
- Принципы УНИДРУА** – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (в ред. 2010 г.)
- ГГУ** – Германское гражданское уложение от 18 августа 1896 г. (СПС «КонсультантПлюс»)
- АПК РФ** – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012
- ГК РФ** – Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ, часть четвертая от 18 декабря 2006 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 1996. № 5. Ст. 410; 2001. № 49. Ст. 4552; 2006. № 52 (ч. I). Ст. 5496
- ГПК РФ** – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532
- ГрК РФ** – Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 16
- ЖК РФ** – Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 14
- ЗК РФ** – Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147
- КАС РФ** – Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391
- КоАП РФ** – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1
- СК РФ** – Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16
- ТК РФ** – Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 3
- УК РФ** – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954
- УПК РФ** – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921

- Вводный закон к ГК РФ** – Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3302
- Вводный закон к ЖК РФ** – Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 15
- Вводный закон к ЗК РФ** – Федеральный закон от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148
- Закон о банкротстве** – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190
- Закон о государственной регистрации недвижимости** – Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344
- Закон о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним** – Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594
- Закон о защите конкуренции** – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434
- Закон о защите прав потребителей** – Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140
- Закон о международных договорах** – Федеральный закон от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757
- Закон о регистрации юридических лиц** – Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3431
- Закон о Центральном банке РФ** – Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790
- Закон об азартных играх** – Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. I). Ст. 7
- Закон об АО** – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1

- Закон об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации** – Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. I). Ст. 2
- Закон об ипотеке** – Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400
- Закон об исполнительном производстве** – Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849
- Закон об ООО** – Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785
- Закон об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг** – Федеральный закон от 4 июня 2018 г. № 123-ФЗ «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг» // СЗ РФ. 2018. № 24. Ст. 3390
- Закон об участии в долевом строительстве** – Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 40
- Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ** – Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2327
- Закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ** – Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412
- ВАС РФ** – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
- ВС РФ** – Верховный Суд Российской Федерации
- ЕСПЧ** – Европейский суд по правам человека
- КС РФ** – Конституционный Суд Российской Федерации
- СКЭС ВС РФ** – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации
- СКГД ВС РФ** – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации
- ЕГРН** – Единый государственный реестр недвижимости
- ЕГРП** – Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним
- ЕГРЮЛ** – Единый государственный реестр юридических лиц

# ГЛАВА 1. ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

## Статья 1. Основные начала гражданского законодательства

1. Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

2. Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

3. При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно.

4. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

5. Товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются на всей территории Российской Федерации.

Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

### *Комментарий*

#### 1. Принципы гражданского права

##### *1.1. О принципах права вообще*

Право, безусловно, феномен социальный. Вне общества права нет, равно как и наоборот — нет общества без права. Всякое общество даже на самых ранних своих ступенях развития уже знает этот концепт. Если

доправовое общество и существовало вообще, то его история покрыта такой глубокой древностью, что с достоверностью о его социальном устройстве мы мало что знаем. Первые древние цивилизации, известные истории, уже являются обществом, в котором есть феномен права (другое дело, что многие постулаты древнего права кажутся неприемлемыми в нашей действительности). Современная цивилизация нашей планеты не может помыслить себя вне права, таких исторических примеров мы не знаем, и ничто не указывает на возможность существования в обозримом будущем социума без права. Таким образом, несмотря на то что право — ипостась идеальная, оно явление объективное, поскольку существует не по произволу случайности, а порождается самой жизнью людей и всю ее охватывает, пронизывая все времена и пространства. Более фундаментального социального явления, чем право, трудно обнаружить.

Право является частью цивилизации и вплетено в ткань культуры. Поэтому в принципах права проявляются культурные ценности, которые в данный исторический момент разделяются обществом. Следовательно, жить по праву — это быть культурным человеком и, наоборот, быть культурным человеком — это, в частности, и жить по праву. Если человек разделяет ценности данной культуры, то вряд ли ему придется предпринимать существенные усилия, чтобы соблюдать или уважать принципы права данной страны, так как они и есть часть культуры. Особая ситуация возникает тогда, когда позитивное право вступает в конфликт с ценностями конкретной культуры: здесь возникает неминуемое трение, порождающее серьезные конфликты между требованиями позитивного права и нашими представлениями о должном (в том числе о справедливости). Иногда этот разрыв достигает таких масштабов, что культурный человек может и даже должен поступить вопреки требованиям позитивного права (вспомним хотя бы чудовищные законы, которые нередко принимались в тоталитарных, а нередко и демократических режимах прошлого и продолжают встречаться и сейчас). Этот конфликт исчезает, если мы под правом вслед за сторонниками теории естественного права будем понимать не позитивное право, отраженное в соответствующих формальных источниках права и обычаях, а то, каким образом соответствующие социальные отношения должны нормироваться исходя из наших представлений о добре и справедливости. Но далее по тексту речь пойдет о позитивном праве и его принципах.

Всякое крупное социальное явление по мере своего становления и развития генерирует основополагающие начала (принципы) своей сущности. То же касается и права. Образование принципов права хотя

и есть в известной степени процесс и результат интеллектуального общения, оно также является объективной закономерностью. Принцип (лат. — *principium*, греч. — *αρχή*, дословно — «первейшее») изначально, видимо, скорее, понимался именно как нечто, находящееся впереди и в то же время наиболее важное, сильное, решающее и приводящее к победе: принцип (лат. — *princeps*) — тяжеловооруженный пехотинец в римской армии, из которых составлялась первая линия в боевом порядке. В современном понимании принцип — тот исток и тот фундамент, откуда начинается и на чем держится некое явление (в данном случае — право).

Совокупность основополагающих универсальных правовых принципов призвана создать целостную систему права, каркас, на котором держится правая ткань, и косвенно — благоприятный правовой климат для каждой личности, а поскольку именно отдельные личности составляют все общество, в результате реализации названных принципов права в рамках правотворчества в обществе должно установиться благополучие. Гарантией соблюдения принципов должны выступать социально-политические институты (государственные правотворческие и правоприменительные органы, структуры гражданского общества и др.). Без нормальной работы таких институтов, выступающих проводниками принципов в жизнь, принципы права обессилены.

Правовые принципы могут оказывать определяющее влияние на правосознание, если культурное развитие общества достаточно высоко, чтобы освоить их в обычной повседневности. Если же правовые принципы пребывают в забвении, игнорируются семейными, общественными и государственными институтами, если на них смотрят как на пустые слова, это влечет разрушение стройности и целостности позитивного права, хаотичность и непоследовательность правового регулирования, произвол, правовой нигилизм и создает угрозу всему обществу. Общество, которое пренебрегает правовыми принципами, обречено на деградацию и вырождение.

Одно из наиболее кратких и удивительно гениальных определений права есть соединение всего двух принципов: «Равному за равное, каждому свое». Уже здесь видно, что принципы могут формировать систему взаимодействующих элементов. В этом определении, помимо прочего, предсказано бесконечное диалектическое развитие права, ведь даже если установлено правило, применяющееся во всех случаях в равной мере и ко всем, всегда придется приспособлять его к отличающимся отдельным случаям («каждому свое»), поскольку жизнь всегда богаче наших представлений о ней. Отсюда изменчивость и самих принципов, которые хотя и являются некими максимумами, все же, как



и все остальное, подвержены влиянию изменяющегося течения жизни, хотя и не так часто, как ординарные нормы права. Если в античности рабство не противоречило принципам, разделяемым большинством того общества и позитивным правом, то ныне оно недопустимо и представляется отвратительным. При этом общество прошло достаточно долгий путь, чтобы инвертировать представление о рабстве.

Принципы права есть достояние мысли, они становятся таковыми не по формальному признаку (например, закрепление их в законе), а по общественному консенсусу; проще говоря, принципы права — это то, что признано таковыми в обществе, прежде всего в юридическом сообществе. Вместе с тем наиболее фундаментальные правовые принципы часто закрепляются в законе: например, конституционные принципы содержатся в конституциях. Если принцип гражданского права не закреплён в законе, он не превращается в обычай. Если обычай — это всегда конкретное правило поведения, принцип права совсем необязательно представляет собой конкретное правило поведения, скорее, наоборот, это источник для выведения таких правил поведения, общая идея, некий ориентир для определения оптимальных правовых решений. Например, принцип свободы договора сам по себе развернутых правил поведения не содержит, но из него они выводятся.

Принципы права обычно отражаются в различных нормах позитивного права и судебной практике, и кристаллизация принципов права обычно осуществляется в результате индуктивного обобщения этих норм и материалов судебной практики наукой и судами. Но могут быть ситуации, когда происходит инверсия, и некие общие идеи находят поддержку в умах юристов или всего общества и влекут модификацию ранее возникшего позитивного права. Например, когда в обществе происходит резкий фундаментальный слом социально-политической и экономической формации, конституция или некий закон могут провозгласить некий принцип, который ранее не находил поддержки в позитивном праве. Например, в обществе, которое десятилетиями жило без частной собственности и свободы договора и в условиях примата публичных интересов над интересами личности, при революционном сломе данной системы конституция может провозгласить эти идеи в качестве правовых принципов. В данном случае они будут не итогом индуктивного обобщения результатов эволюционного развития национального позитивного права, а попыткой коренным образом и решительно изменить базовые элементы правовой системы.

В принципах права не стоит отыскивать безупречной логической системы. Они призваны, скорее, наполнить строгое позитивное право, букву закона их духом. Образно выражаясь, принципы права — это

душа закона. Поэтому в наборе тех или иных принципов можно вполне увидеть их пересечение, наложение друг на друга, их соотношение как частного и общего, а нередко и противоречия. Так, например, принцип неприкосновенности собственности вполне себе пересекается с принципом недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, поскольку всякое посягательство на собственность есть нарушение принципа невмешательства, а принцип свободы договора иногда вступает в конфликт с принципом защиты слабой стороны договора.

В этом смысле принципы права ближе скорее к искусству, чем к науке; к чувственному, чем рациональному; к идеологическому, чем инструментальному и т.п. Это же показывает, что учение о праве вообще и о частном праве в особенности, если смотреть на него через глобальную призму человеческой цивилизации, есть нечто большее, чем наука, это соединение различных сфер: нравственности и морали; философии и искусства; техники и логики, политики и экономики, но и науки права тоже. Очень часто, чтобы постигнуть норму права до самой сути, необходимо выйти за пределы юридического. Возьмем, например, ст. 137 ГК РФ: почему животное не названо вещью, а норма говорит о том, что к животным применяются общие правила об имуществе, да и то с известными оговорками? Потому что наше нравственное (а для кого-то религиозное) чувство противится приравнять живое к неживому, одушевленное к неодушевленному. Никакой формальной юридической логики здесь нет, однако и эта норма есть часть права.

### ***1.2. О принципах гражданского права***

Гражданское право в своем развитии также выработало определенный набор принципов. Если обратиться только к комментируемому пункту, то в нем установлено всего семь принципов: 1) равенство участников регулируемых гражданским законодательством отношений; 2) неприкосновенность собственности; 3) свобода договора; 4) недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела; 5) необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав; 6) обеспечение восстановления нарушенных прав; 7) судебная защита нарушенных прав. Но это не исчерпывает список принципов гражданского права, так как п. 2 (автономия воли) и п. 3 (принцип доброй совести) расширяют список основных принципов гражданского права. Но и этот расширенный список не может считаться закрытым. Так, например, не закреплено в ст. 1 ГК РФ, но очевидно прослеживается в позитивном праве и множество иных принципов права (например, защиты слабой стороны договора, соразмерности тяжести санкции серьезности правонарушения и др.). Более того, ст. 1 ГК РФ

вовсе не упоминает такой фундаментальный и краеугольный принцип частного права, как принцип справедливости.

В своем Постановлении от 30 января 2009 г. № 1-П КС РФ прямо указал, что все перечисленные в ГК РФ основные начала гражданского законодательства (равенство участников регулируемых им имущественных и личных неимущественных отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты) имеют конституционное значение. Считается, что принципы гражданского права основаны на конституционных предписаниях (постановления КС РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П; от 16 ноября 2018 г. № 43-П), вытекают из Конституции РФ (Определение СКГД ВС РФ от 26 августа 2014 г. № 4-КГ14-16), конкретизируют положения Конституции РФ (постановления КС РФ от 21 февраля 2014 г. № 3-П; от 10 марта 2017 г. № 6-П). И это достаточно примечательный факт, указывающий на значимость данных принципов. Конституциализация принципов гражданского права создает определенные основания поставить отраженные в них идеи выше ординарных норм законодательства, которые могут быть признаны неконституционными в связи с нарушением конституционных установок, в принципах гражданского права кристаллизованных.

Другие принципы гражданского права могут выводиться и из обобщения отдельных норм позитивного права и общих конституционных принципов. Вопрос о том, имеет ли данный конкретный принцип гражданского права, выводимый из анализа и обобщения источников позитивного права и этических воззрений, конституционное значение, должен решаться отдельно в отношении каждого из них.

В целом невозможно составить закрытый перечень основных принципов гражданского права. Развитие права и индуктивное обобщение отдельных правовых решений, а также изменение социальных, экономических условий и культуры может постоянно выдвигать на роль правовых принципов новые идеи.

Поскольку гражданское право в основном относится к имущественной сфере социального взаимодействия (в меньшей степени охватывая неимущественные «горизонтальные» социальные отношения между частными лицами по той причине, что они в меньшей степени заслуживают правовой регуляции), принципы гражданского права являются той базой, которая позволяет наиболее справедливо и эффективно обустроить экономическую жизнь в обществе. Экономическая жизнь, хозяйственное, имущественное взаимодействие — это

явления, которые охватывают каждого и всякого. Если многие люди в течение всей своей жизни могут и не столкнуться лично с уголовным правом, то представить себе человека вне практического взаимодействия с гражданским правом невозможно. Всякий, кто читает сейчас эти строки, в данную минуту состоит в том или ином гражданском правоотношении и в отношении него действуют принципы гражданского права. Это показывает, насколько всеобъемлющими являются принципы гражданского права.

Гражданское право антропоцентрично по самому своему существу, оно служит человеку, отдельной личности, частному лицу и его интересам. Общественный интерес не является центром притяжения гражданского права, хотя, конечно, и учитывается тем или иным образом в содержании гражданско-правовых норм и иногда оказывает на них серьезное влияние. Частное право нередко находится в поиске баланса частных и общественных интересов.

Поскольку принципы гражданского права призваны обеспечить ценности достаточно высокого порядка, на практике их действие может вызывать ложное впечатление, что соответствующее частное лицо, защищающее свой интерес, на самом деле действует в общественном интересе. Так, например, по одному делу вышестоящий суд, опровергая суждения нижестоящего суда о том, что требования истца о возложении на ответчика обязанности привести в соответствие с установленными требованиями ограждение территории строительной площадки, установив специальный защитный козырек, а также оградительную сетку, направлены на защиту прав неопределенного круга лиц и муниципального образования, а не на защиту прав заявителя, указал на ошибочность этого суждения (Определение СКГД ВС РФ от 6 июня 2017 г. № 18-КГ17-49). Этот случай дает повод отметить, что обеспечение действия принципов гражданского права при защите субъективного гражданского права может косвенно приводить к возникновению определенных выгод у других лиц, как определенных, так и неопределенных (рефлексивное действие права), но это не переводит реализацию принципов гражданского права или субъективных прав в область публичного права. Принципы гражданского права служат частному интересу и справедливому балансированию частных интересов, а не публичному.

Существо человека таково, что он стремится удовлетворить свои потребности и реализовать свои цели. Человек обладает потребностями еще до своего рождения (права nasciturуса) и реализует их даже после смерти (завещание, наследственный договор, наследственный фонд). Необходимость удовлетворения этих потребностей (причем не только

материальных) предопределяет свободу личности, поскольку только ее свобода есть наилучшее средство для удовлетворения потребностей. Более того, потребности многих людей далеко не всегда эгоистичны — люди нередко считают важным преследовать и чисто альтруистические цели, жертвуя своими эгоистическими интересами во имя блага близких, друзей, одноплеменников, сограждан или всего человечества, а также во имя более высоких идеалов. Удовлетворение потребностей (понимаемых в максимально широком смысле) одних лиц осуществляется за счет удовлетворения потребностей других лиц — так устроен гражданский оборот между свободными лицами. Поэтому принципы гражданского права служат цели обеспечения свободы личности.

Эта свобода не безгранична: свобода одного лица должна останавливаться там, где она вторгается в свободу другого лица или бросает вызов интересам всего общества в целом. Имущественные сферы взаимодействующих субъектов обеспечиваются, охраняются и защищаются правом в равной мере. Поэтому задача гражданского права и всего правопорядка — установить гармоничный баланс свободы различных лиц: собственника и чужих по отношению к вещи лиц; обладателя исключительного права и посторонних; кредитора и должника; делinkвента и потерпевшего и т.д. Из правовой позиции КС РФ следует, что принципы гражданского права призваны обеспечить названный баланс: по справедливому мнению КС РФ, защита имущественных прав должна осуществляться с соблюдением конституционных требований справедливости, равенства и соразмерности, а также запрета на реализацию прав и свобод человека и гражданина с нарушением прав и свобод других лиц, т.е. таким образом, чтобы обеспечивался баланс прав и законных интересов участников гражданского оборота (Постановление КС РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П).

Принципы гражданского права могут быть основополагающими началами для всего гражданского права или только для отдельных его отраслей и институтов. В комментируемом пункте (хотя и не исчерпывающе) закреплены именно основополагающие начала всего гражданского права, но на уровне отдельных областей гражданского права могут индуцироваться свои собственные принципы.

Для европейской правовой традиции нехарактерно непосредственное законодательное закрепление принципов гражданского права — они воплощаются в отдельных его положениях, но обычно не формулируются в специально отведенной законодательной норме, а индуцируются наукой и судебной практикой. Иная картина в России, которая, видимо, предопределяется позитивистским уклоном в правосознании, а также историческим моментом принятия Кодекса.

В начале 1990-х гг. гражданское право резко изменило свое содержание за счет перехода от плановой экономики тоталитарного государства к попыткам построить рыночную экономику в условиях правового, демократического государства (впрочем, пока увенчавшимся крайне скромным успехом). Право не могло опереться при выведении принципов права на десятилетия развития судебной практики по целому ряду фундаментальных вопросов и ее обобщения в науке. Поэтому здесь потребовалось прямое законодательное их закрепление, громкое провозглашение. Так что идея разработчиков ГК РФ не лишена практического смысла.

Наличие нескольких принципов гражданского права с неизбежностью вызывает вопрос о том, не являются ли они следствием существования какого-то одного основного (генерального) принципа, своего рода протопринципа или *primus inter pares*. Этот вопрос является не столько юридическим, сколько философским, поскольку многие науки и социальные явления демонстрируют стремление усмотреть единый первоисточник всего. Отсюда попытки теоретической физики создать теорию всего, в том числе чтобы примирить теорию относительности и квантовую механику; отсюда возникновение монотеизма в противоположность политеизму. В доктрине гражданского права этот вопрос мало исследован, — может быть, в том числе потому, что он кажется слишком академическим и отвлеченным от практических потребностей.

Что за принцип может претендовать на такую роль первого среди равных?

Гражданское право призвано упорядочить и обеспечить главным образом имущественные интересы личности. Оно всегда отталкивается от конкретного лица — собственника, кредитора, другого правообладателя. Стремясь максимально обеспечить имущественный интерес, гражданское право проникнуто идеей свободы, причем свободы прежде всего отдельного лица. Отсюда можно было бы предположить, что генеральным принципом, своего рода протопринципом гражданского права, таким образом, является принцип личной свободы, в том числе и главным образом имущественной свободы.

Однако свобода одного лица неизменно сталкивается со свободой другого лица, поскольку имущественные интересы разных лиц часто не совпадают. Продавец хочет продать дороже, а покупатель — купить дешевле. Собственник хочет сохранить имущество, а несобственник — приобрести его. Стало быть, необходим какой-то инструмент, который привел бы стремление к максимальной свободе одного в соответствие с таким же стремлением другого. Естественное чувство справедливости

в этом аспекте также можно предложить в качестве своего рода протопринципа, поскольку кажется, что ответить на вопрос о том, как примирить интересы различных лиц и найти оптимальный баланс, можно, только сказав: «по справедливости». Так, может, идея справедливости является краеугольным принципом? Возможно, это и есть основной претендент на роль самого фундаментального принципа частного права, который в силу своей широты и всеохватности может выступить источником для дедуктивного выведения всех упомянутых и не упомянутых в ст. 1 ГК РФ правовых принципов. Впрочем, проблема в том, что уже сотни лет в моральной философии и праве не утихают споры о понимании идеи справедливости.

А что насчет идеи формального правового равенства, без которого трудно помыслить отношения между равными, которые гражданское право, собственно, и пытается регулировать?

Или стоит водрузить на пьедестал всю троицу: автономию личности, справедливость и формальное равенство?

Как указывалось, отыскание протопринципа кажется вопросом сугубо теоретическим, однако, видимо, это не так. Возможно, в его поиске, помимо указанного выше естественного стремления к стройности и когерентности наших суждений о должном, лежит необходимость согласования нескольких принципов права при их коллизии. Что положить в основу разрешения коллизии? Возьмем для примера два принципа гражданского права: равенства и свободы договора. Допустим, два солидарных кредитора договорились, что полученное от должника распределяется не в равных долях, а иным, неравным образом. Возможно ли такое по праву? Интуитивное чувство подсказывает, что возможно, если они добровольно согласились на это. Позитивное право тоже согласно с этим (п. 4 ст. 326 ГК РФ). Здесь видно, что принцип равенства отступил перед принципом свободы договора. Теперь приведем другой гипотетический пример. Допустим, обе стороны заключили договор, который вследствие подавляющей рыночной власти одной из сторон, являющейся естественным монополистом, содержит в себе явно несправедливое условие в отношении слабой стороны договора. Интуитивное чувство подсказывает, что монопольная власть не должна давать необоснованные выгоды одной стороне в ущерб другой, не имевшей реального выбора. Кажется, что интересы сторон в данном случае надо сбалансировать. Здесь видно, что принцип свободы договора уступает принципу справедливости. Чувство справедливости побуждает к исправлению такого дисбаланса, приведению к нормальности, как минимум к социально терпимому.

### *1.3. Практическое проявление принципов гражданского права*

Конечно, существо принципов приводит к тому, что их соблюдение осуществляется зачастую само собой именно потому, что они общепризнанны и естественны для общества. Практическая повседневная цивилистика сосредоточена в значительной степени на инструментальных вопросах, уяснении и применении ординарных норм гражданского законодательства, их толковании, соотнесении с фактами и т.д и т.п. — это и есть основная аналитическая работа юриста. Вместе с тем практическое применение принципов также имеет свою не менее важную сферу юридического бытия.

Во-первых, указанные принципы суть руководство для законодателя, и в этом проявляется одна из практических функций. Законопроектная работа должна быть подчинена не только соблюдению этих принципов, но и воплощению их в жизнь, развитию принципов в гражданском законодательстве, их конкретизации там, где это вызвано жизненной потребностью. Из самого названия — основные начала — следует, что должно иметься продолжение, воплощение основных начал в более детальных положениях. Удручающее состояние законотворческого процесса свидетельствует в том числе и о забвении указанной задачи.

Как уже отмечалось, большинство из упомянутых в комментируемой статье принципов гражданского права имеют и очевидное конституционное воплощение — эти принципы могут становиться основанием для контроля содержания законов и иных источников позитивного гражданского права на предмет конституционности в КС РФ.

Во-вторых, другое практическое применение принципов гражданского права — это толкование ординарных норм гражданского права. При истолковании нормы она должна соответствовать этим принципам. Если толкование нормы дает несколько вариантов ее понимания, то приоритет следует отдать тому, который в наибольшей степени соответствует системе принципов гражданского права. Если норма гражданского права вступает в противоречие с принципами гражданского права, она подлежит телеологическому истолкованию для целей устранения этого противоречия.

В этом плане важное значение имеет позиция ВС РФ о необходимости истолкования любых норм гражданского права в системной взаимосвязи с основными началами гражданского законодательства, закрепленными в ст. 1 ГК РФ (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Суды, особенно высшие суды, должны брать на себя миссию продвижения принципов гражданского права в жизнь при толковании



закона, создавая судебные доктрины, базирующиеся на принципах гражданского права и корректирующие несправедливые нормы закона (или их неверное понимание), вплоть до толкования закона в ряде особо вопиющих случаев *contra legem*. Это неудивительно, поскольку закон безмолвен без юриста. Принципы гражданского права должны лежать в основе судебной методологии в ординарном правоприменении и развитии права. Они могут служить путеводными звездами при разрешении сложных практических ситуаций при толковании закона и устранении противоречий между отдельными нормами.

В-третьих, принципы гражданского права должны направлять суды при восполнении формально-логических (истинных) и телеологических пробелов в законе и иных источниках права. Здесь юрист, привыкший к исключительно механической юриспруденции, может почувствовать себя утратившим весь свой традиционный инструментарий, но формирование правил, способных урегулировать тот или иной не покрытый текстом закона вопрос в соответствии с принципами права, — это одна из основных задач юриспруденции, проявление ее творческого начала. Закон в этом случае (п. 2 ст. 6 ГК РФ) прямо требует от судов выведения правового решения из общих начал гражданского законодательства (терминологическое различие использованной в ст. 6 фразы «основные начала» и упомянутой в комментируемом пункте фразы «общие начала», хотя и бросается в глаза, едва ли имеет существенное значение). Однако законодатель не ограничивается отсылкой к этим упомянутым в ст. 1 ГК РФ принципам гражданского законодательства — он добавляет, что руководством к действию при восполнении пробелов служат также 1) смысл гражданского законодательства, 2) требования добросовестности, 3) разумности и 4) справедливости. См. подробнее об этой роли принципов комментарий к ст. 6 ГК РФ.

В этом смысле каждое утверждение в гражданском праве, которое желает сделать законодатель или суд, должно быть протестировано и критически оценено на предмет соответствия принципам гражданского права.

В сфере гражданского права принципы особенно востребованы, поскольку регулируемая данной сферой права область имущественных и неимущественных отношений безгранична, а метод гражданского права является дозволительным. Бесчисленное многообразие интересов частных лиц и общества в целом, их сочетание, различные комбинации и столкновение интересов различных субъектов невозможно нормативно исчерпывающе урегулировать в деталях, да это и не нужно и даже вредно, поскольку излишняя регламентация сковывает свободу усмотрения, которая и есть главная созидательная сила социаль-

но-экономического развития. Юрист, столкнувшись с нестандартной ситуацией и не найдя ответов ни в законе, ни в судебной практике, ни в доктрине, может протестировать предполагаемое разрешение коллизии на принципах гражданского права. Если такое решение не противоречит им, вероятность его правильности возрастает.

#### ***1.4. Перечень принципов гражданского права: общие замечания***

Комментируемая норма содержит перечень из семи принципов гражданского права, каждый из которых заслуживает отдельного комментария. Несколько других принципов упомянуты в п. 2–4 данной статьи.

Следует отметить, что восприятие и применение принципов гражданского права должны отвечать методу системности в том смысле, что в идеале каждый из принципов не должен исключать действие других принципов, они должны стремиться к гармонии, а их одновременная реализация является залогом успешного развития права. В то же время, как было показано выше, в некоторых случаях взаимодействие принципов гражданского права приводит к определенным конфликтам, и тогда одному из них отдается предпочтение или должен быть обнаружен тот или иной приемлемый компромисс. Никакого общего строго научного метода разрешения таких коллизий обнаружить не удастся, поскольку многообразие различных жизненных ситуаций и столкновения различных интересов и ценностей требуют специального приспособления принципов гражданского права для тех случаев, разрешение которых еще не укоренилось в гражданском праве, будь то закон, судебная практика или доктрина.

#### ***1.5. Равенство участников гражданских отношений***

Принцип формального правового равенства, отраженный в ст. 1 ГК РФ как общий принцип гражданского права, вытекает напрямую из положений Конституции РФ, которая проникнута этой идеей. В частности, согласно ст. 19 Конституции РФ все равны перед законом и судом, государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств, а любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности запрещены.

Идея формального правового равенства на первый взгляд кажется принадлежностью относительно недавно достигнутого уровня развития цивилизации: в известной революционной триаде «Liberté, Égalité,

Fraternité» равенство занимает свое почетное место, но еще несколько веков назад эта идея казалась абсолютным нонсенсом. Человечество достаточно долго пребывало в таком социальном состоянии, в котором вполне естественным было неравенство: рабство, сословные привилегии и т.п. Это не могло не приучить человека к тому, что неравенство перед лицом права естественно и существовало всегда.

Однако, возможно, идея правового равенства имеет все же свои достаточно глубокие, древние корни. Может быть, современное стремление к равенству определяется не только культурой, но и генетической, эволюционно детерминированной «памятью». Дело в том, что в древности, как отчасти и сейчас, люди были равны перед природой и внутри тесной общины. Тот огромный период, в который человечество – осознанно или неосознанно – постоянно пребывало в этом едином строю перед лицом природных стихий, не мог не оставить в нашем сознании следа. В эволюционной истории человечества период государственности, формирование которой неминуемо сопровождалось легитимацией господства одних людей над другими и закреплением неравенства, относительно недолог, до этого десятки и сотни тысяч лет наши предки жили, судя по всему, в условиях относительно эгалитарных.

Люди по природе своей неравны, они разные: мужчины и женщины, взрослые и дети, богатые и бедные, больные и здоровые и т.д. Однако эти различия суть фактические; разные фактически могут быть равными по праву. Равенство юридическое, которое и есть принцип гражданского права, хотя и имеет многогранное проявление, в основе своей означает равный юридический статус всех субъектов гражданского права, равную меру для каждого, превращение разных в равных. С момента возникновения правоспособности (рождение, создание юридического лица, учреждение публично-правового образования) лица являются равными по своим правовым возможностям. Например, каждое лицо может быть собственником (известное исключение для государственных и муниципальных предприятий и учреждений есть по большей части еще не изжитое уродливое наследие советских времен). Каждая личность должна уважаться правопорядком одинаково. Если в обществах прошлого некоторые люди могли быть собственниками, а другие – нет (например, рабы), то в современной цивилизации это немыслимо. Принцип равенства проявляется в том, что он по общему правилу, если не будут очевидны серьезные аргументы в пользу обратного, не позволяет существовать такой ситуации, когда один человек может стать собственником, а другой – нет. Конечно, здесь можно обнаружить исключения, основанные на публичном по-

рядке (например, граждане не могут быть собственниками некоторых видов оружия или атомной электростанции либо правообладателями товарных знаков, но общий принцип таков).

Принцип равенства ценен не только потому, что он удовлетворяет чувство справедливости современной человеческой цивилизации, но он также утилитарен. Наличие множества неравных статусов личности чрезвычайно усложнило бы оборот. Чтобы совершить какое-либо юридически значимое действие, субъекту гражданского права пришлось бы провести достаточно сложное юридическое исследование, чтобы установить статус конкретного лица.

Принцип равенства по общему правилу также не позволяет устанавливать различный объем правомочий обладателей одного и того же права, если дифференциация не predetermined более весомыми принципами или политико-правовыми соображениями. Например, право собственности на вещь гражданина и юридического лица означает, что они обладают одним и тем же объемом правомочий. По общему правилу не может быть большего или меньшего права собственности в зависимости от субъекта права, право собственности для всех одинаково.

Принцип равенства проявляется не только в статике, но и в динамике гражданских правоотношений. В известном смысле принцип равенства дает дорогу другому принципу — принципу свободы договора. Там, где нет формального юридического равенства субъектов гражданского права, не может быть и свободы договора, поскольку свобода вообще и свобода договора — это свойство и потребность равных. Поэтому в судебной практике обоснованно отмечается, что свобода договора подразумевает, что стороны действуют по отношению друг к другу на началах равенства (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 17389/10).

Принцип равенства не означает, что в известных пределах по своей воле один субъект не может согласиться на некоторое неравенство в своих отношениях с другим субъектом (например, в межкредиторском соглашении, которое допускает субординацию (ст. 309.1 ГК РФ), при изменении старшинства залога (п. 1 ст. 342 ГК РФ) или при согласовании в договоре права одной из сторон на изменение условий договора (п. 2 ст. 310 ГК РФ)). Однако свобода договора не беспредельна и остановится там, где принцип равенства нарушается фундаментально. Договор о рабстве ничтожен, хотя бы соответствующая сторона и была бы согласна на такой договор.

Особенную остроту и практическую потребность принцип равенства приобретает в гражданских отношениях с государством (публично-

правовым образованием). Законодатель специально устанавливает, что публично-правовые образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами (п. 1 ст. 124 ГК РФ). Еще большую практическую востребованность этот принцип приобретает там, где участие государства в экономических отношениях гипертрофировано. Так, например, государство является доминирующим собственником земли, что ставит в зависимость от него нуждающихся в использовании земельных участков других субъектов гражданского права. Это проявляется, в частности, и в необходимости установления равной для всех арендной ставки при аренде земельных участков. Судебная практика демонстрирует, что принцип равенства и в этой области должен соблюдаться. Так, например, в одном из определений ВС РФ указано, что равенство участников гражданских правоотношений, закрепленное в п. 1 ст. 1 ГК РФ, нормы, установившие ставки арендной платы за землю, не нарушают, поскольку распространяют действие утвержденной ими ставки арендной платы за землю на всех участников арендных отношений, заключающих договоры и дополнительные соглашения к договорам аренды (Определение СКГД ВС РФ от 13 октября 2010 г. № 5-Г10-169).

Принцип равенства привлекается при оценке законности нормативных актов, оспариваемых в судах. Заявители нередко ссылаются на его нарушение тем или иным положением правового акта. Установив отсутствие нарушения правовым актом данного принципа, суд отказывает в признании его незаконным. Так, например, ВС РФ отклонил доводы заявителя о нарушении принципа равенства, указав, что оспариваемые нормативные положения, устанавливающие различные условные обозначения границ и площади зон планируемого размещения объектов капитального строительства для государственных или муниципальных нужд и мест допустимого размещения зданий, строений, сооружений на чертеже градостроительного плана земельного участка, не порождают какой-либо неопределенности при выполнении этого чертежа, в связи с чем не могут рассматриваться как нарушающие права, свободы и законные интересы заявителя и противоречащие принципу равенства участников гражданских правоотношений (Решение ВС РФ от 14 июля 2014 г. № АКПИ14-624).

Некоторые положения гражданского законодательства могут создавать впечатление, что соответствующие правовые возможности предоставлены только одним видам субъектов (например, гражданам), но недоступны другим (например, юридическим лицам). Судебная практика свидетельствует, что принцип равенства позволяет в ряде

случаев истолковать соответствующие нормы расширительно таким образом, чтобы предоставить равные возможности субъектам гражданского оборота. Это возможно в тех случаях, когда в пользу дифференциации правовых статусов не найдется убедительных политико-правовых аргументов. Так, например, судебная практика устанавливает, что, когда руководитель (орган юридического лица) вступает с другой стороной в злонамеренное соглашение, приведшее к убыточной для этого юридического лица сделке, нет оснований лишать последнее такого средства защиты нарушенных прав, как оспаривание сделки на основании ст. 179 ГК РФ (в ред. до 1 сентября 2013 г.). В противном случае юридические лица будут поставлены в неравное положение с другими участниками гражданского оборота, что приведет к нарушению основополагающего принципа равенства участников гражданских правоотношений (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. № 162). Интересы физического лица и интересы юридического лица в случаях злонамеренного сговора представителя идентичны, а потому не должны защищаться по-разному. В актуальной редакции Кодекса этот вопрос унификации решен прямо в рамках п. 2 ст. 174 ГК РФ.

В некоторых случаях принцип равенства заставляет суд отступить от правильного применения гражданского закона во имя соблюдения данного принципа. Иными словами, как это ни парадоксально, иногда суды считают, что одинаково неправильное применение закона лучше, чем если бы к одним лицам он применялся правильно, а к другим — неправильно. Естественно, такое положение вещей складывается из той лишь причины, что одни судьи не могут убедить других судей в правильности своего решения. Данный путь кажется спорным. Если какие-то суды применяют закон неправильно, означает ли это, что другой суд должен реплицировать данную ошибку во имя равенства всех лиц перед законом? Как представляется, это неверный путь, так как иначе любое развитие права и преодоление ошибок попросту будет заблокировано. Тем не менее этот феномен можно наблюдать в нашей юриспруденции в области защиты прав участников долевого строительства. Если суды общей юрисдикции, вопреки разъяснениям собственного Пленума (п. 34, 61 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), считают, что в случае неисполнения застройщиком договорной обязанности по передаче в собственность объекта долевого строительства допустимо признать право собственности за участником долевого строительства (п. 1, 13, 14, 16, 17 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных

домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.), то арбитражные суды в соответствии с указанным разъяснением, а также другими актами высшего суда (п. 5–7 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54) полагают возможным защищать нарушенное обязательственное право не вещными способами защиты, а обязательственными, т.е. присуждать к исполнению обязательства в натуре путем отобрания вещи (ст. 398 ГК РФ) и к регистрации перехода права собственности на основании п. 3 ст. 551 ГК РФ. Если в некоторых случаях использование различных способов защиты нарушенного права не приводит к негативным последствиям, то при банкротстве застройщика возникает неравенство, поскольку одни получают помещения в собственность, а другие — лишь очередь в реестре кредиторов. Поэтому практика арбитражных судов вынуждена была отступить от применения правильного способа защиты нарушенного права, соответствующего его характеру, во имя воплощения принципа равенства. Если суд общей юрисдикции признает право собственности хотя бы за одним участником долевого строительства, то и арбитражному суду, по мысли ВАС РФ и ВС РФ, следует признать право собственности в силу принципа равенства (постановления Президиума ВАС РФ от 10 марта 2009 г. № 13940/08, от 25 июня 2013 г. № 14520/12; определения СКЭС ВС РФ от 24 февраля 2015 г. № 305-ЭС14-1186, от 15 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-3617, от 15 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-3617, от 21 декабря 2017 г. № 307-ЭС17-13298; Определение КАС ВС РФ от 24 февраля 2015 г. № 305-ЭС14-1186). В последнее время, однако, появились признаки исправления расхождения судебной практики в верном направлении. Так, в одном из дел было указано, что требование, поименованное как заявление о признании права собственности на нежилые помещения, по сути, представляет собой требование о понуждении к исполнению обязательства в натуре и в соответствии со сложившейся судебной практикой рассматривается по правилам ст. 308.3, 398, п. 2 ст. 463, п. 3 ст. 551 ГК РФ с учетом особенностей, установленных законодательством о банкротстве (Определение СКЭС ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС15-20071 (6); п. 14 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 24 апреля 2019 г.). Тем не менее полностью единообразный подход пока еще не установился.

Формальное правовое равенство по общему правилу не отступает перед фактическим неравенством. Но в ряде случаев фактическое неравенство субъектов достигает такого уровня, который право не может далее игнорировать, поскольку справедливость требует, чтобы к фундаментально разным явлениям право не применяло единый правовой

стандарт. Ведь принцип правового равенства требует равного отношения к равному, но к существенно неравному принцип справедливости может требовать от права относиться по-разному. Поэтому там и тогда, где и когда правопорядок сталкивается с существенным фактическим неравенством, он реагирует таким образом, чтобы выровнять дисбаланс. Отсюда, например, опека недееспособных и частично дееспособных, защита потребителей, особая защита миноритарных акционеров, доктрина защиты слабой стороны соглашения при неравных переговорных возможностях, ограждение клиентов от злоупотреблений своей финансовой властью банками, предоставление привилегий некоторым категориям кредиторов при банкротстве должника и т.д. и т.п. В такого рода случаях право отступает от последовательного проведения формального правового равенства во имя справедливости. Это происходит всякий раз, когда право начинает предоставлять тем или иным категориям лиц определенные правовые льготы или поблажки. Но то же происходит и тогда, когда право, наоборот, ухудшает положение отдельных категорий лиц по сравнению с общим правовым режимом (например, субординирует требования аффилированных кредиторов при банкротстве должника и т.п.).

Отступления от принципа формального равенства могут быть предопределены не только соображениями справедливости, но и иными политико-правовыми соображениями, если их конституционный вес перевешивает ту ценность, которая стоит за принципом правового равенства. Как и любые конституционные принципы, право или свобода человека, принцип формального равенства может быть ограничен во имя иных, более весомых конституционных и политико-правовых соображений (например, национальной безопасности, общественного порядка и т.п.). В качестве примера можно привести те или иные ограничения в отношении приобретения иностранными гражданами приграничных земельных участков или требования к квалификации арбитражных управляющих. В каждом конкретном случае отступление от принципа формального равенства на уровне закона должно быть предметом серьезной конституционной проверки.

### ***1.6. Неприкосновенность собственности***

#### ***(а) Значение идеи собственности***

Российская Конституция провозглашает в ст. 35, что право частной собственности охраняется законом, каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда, а принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть



произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения. Закрепление этих гарантий в Основном законе – мера, безусловно, оправданная историческими причинами, ведь действующая Конституция принималась, когда еще витал в воздухе призрак социализма, относившегося к частной собственности в тех ограниченных рамках, в которых она вообще признавалась, как к чему-то, что вот-вот отомрет вовсе и особой поддержки не заслуживает.

Действительно, современную цивилизацию, которая не пытается строить коммунизм, сложно представить без признания права собственности. Во всех обществах, вышедших из примитивного первобытного состояния и переходивших к земледелию или скотоводству, неизбежно возникало право собственности, вначале признаваемое традицией, а затем обеспечиваемое силой возникающего государственного аппарата. Причем эта естественная закономерность наблюдалась у различных народов, проходивших через неолитическую революцию (т.е. перешедших от экономики охоты и собирательства к сельскому хозяйству и скотоводству), независимо друг от друга. Это происходило на Ближнем Востоке, в Европе, Азии и даже в доколумбовой Америке, в принципе оказавшейся в условиях тотальной географической изоляции от европейских и азиатских социальных процессов задолго до формирования первых государств и правовых систем. Везде на определенном этапе (как минимум в период с момента неолитической революции и до формирования первых вождеств, протогосударств и государств) ключевые материальные блага начинали приватизироваться, закреплялись за конкретными собственниками или их группами. Там, где право собственности так и не возникло, просто сохранился первобытный экономический уклад охотников и собирателей (такие племена до сих пор существуют в ряде частей света).

Где-то в глубине концепта права собственности лежит естественное чувство присвоенности вещи. Биполярность ощущения «мое – чужое», возможно, неотъемлемая эволюционная черта всех высокоразвитых животных, включая человека. Понимание присвоенности существует и у тех, кто ничего не знает о праве собственности, да и о праве вообще, например у маленьких детей. Всякий родитель, особенно двоих и более детей, не раз наблюдал как «детскую виндикацию», так и «детскую оккупацию». Необходимость присвоенности вещей объясняется стремлением к выживанию, поскольку отсутствие их присвоенности, особенно в древности, означало неминуемую смерть (в первобытном обществе речь шла, естественно, о присвоении вещей и охотничьих угодий соответствующим коллективом). Получается, что собственность и право на нее были необходимостью для сохранения жизни. В известной сте-

пени такое положение вещей сохраняется и поныне, хотя социальные институты современного общества смягчают угрозу зависимости жизни от наличия собственности. Все внешнее для человека враждебно, так как инородно, но он не может замкнуться только на себя. Отсюда неизбежным было стремление отождествить какую-то часть окружающего с самим собой, соединиться с этой частью в единстве, сделать частью себя, чтобы оно не было враждебным. Возможно, именно эти очень сильные инстинкты — выживание, безопасность — и послужили причиной возникновения концепта собственности. В настоящее время в благополучных странах главными стимулами к получению собственности, пожалуй, по большей части являются потребности в удобствах и удовольствии, однако древние и естественные инстинкты никуда не ушли — мы просто перестали их замечать в себе.

Идею собственности невозможно постичь без того, чтобы не включить в нее понятие вещи. Ведь право собственности в узком смысле слова — это право всегда на конкретную вещь. Вещи в гражданском праве можно по принципу дихотомии разделить на рукотворные и нерукотворные. Наиболее познавательно обратиться к последним. Почему неприкосновенность собственности должна распространяться и на присвоенные лицом нерукотворные вещи? Особенно остро этот вопрос встает в случае первоначального и еще более остро — случайного (в смысле полученного без особого труда) приобретения вещи. Предположим, что праздно возлежащему на общественном пляже человеку волной прибоя доставляется ракушка с жемчужиной, которую он забирает себе. Кажется, что собственность здесь возникла совершенно случайно, без каких-либо усилий со стороны лица и вследствие своего рода *levissima diligentia*? Ведь при таком завладении мышечное движение настолько ничтожно, что экономически не может оправдать стоимости приобретенной жемчужины. Все эти особенности приобретения нерелевантны, если право собственности на вещь приобретено волей приобретателя. Образно выражаясь, в самой вещи как бы содержится предложение к ее присвоению и обращению в чью-то собственность. Мы видим здесь переключку с древней идеей соединения лица и вещи в одно целое. Укореняя неприкосновенность собственности, мы тем самым защищаем личность, уважаем ее волю на обладание вещью.

Удовлетворение интереса собственника может быть гарантировано только наиболее прочным, абсолютным и безоговорочным его господством над вещью таким образом, чтобы никто другой не мог воспрепятствовать этому. Для достижения этой цели в гражданском праве зародился и развился концепт права собственности. Известно, что изначально вещь рассматривалась как часть личности. Отсюда

и понимание, что раз нельзя господствовать над свободной личностью, равной другим личностям, то и нельзя господствовать над ее вещами, так как они суть часть ее самой. Действительно, собственность есть своего рода продолжение или расширение личности. Начинаясь киборгизация человека (на самом деле она началась давно, как только обезьяна взяла в руку палку: она увеличила длину своей конечности) пусть и вульгарно, но достаточно образно демонстрирует соединение лица и вещи, собственности и личности, их единение в одно. Развитие биоинженерии породит еще множество вопросов, связанных с правовым режимом прав на импланты и т.п., в ближайшем будущем. Проявление лица в вещи легко увидеть на примере «памятных вещей», в которых «присутствие личности» может влиять на юридический режим (например, памятник) или на цену (автограф на книге и т.п.), на целый рынок определенных объектов (предметы искусства) и т.д.

Но здесь следует сделать важную оговорку. Говоря о принципе неприкосновенности собственности, необходимо иметь в виду, что термин «право собственности» имеет два значения. Первое значение – узкоотраслевое, цивилистическое, в соответствии с которым под правом собственности понимается наиболее полное абсолютное имущественное право на телесную вещь (т.е. то, о чем толкует ст. 209 ГК РФ). Второе же значение имеет более широкое наполнение, охватывая, по сути, все имущественные права, принадлежащие субъекту. Это второе значение и имеет в виду Конституция РФ. Используемым в ч. 3 ст. 35 Конституции РФ понятием «имущество» охватывается не только право собственности на вещь. КС РФ при применении ст. 35 Конституции РФ неоднократно отмечает: «...термином «имущество» охватывается любое имущество, связанное с реализацией права частной и иных форм собственности, в том числе имущественные права, включая полученные от собственника права владения, пользования и распоряжения имуществом, если эти имущественные права принадлежат лицу на законных основаниях» (Постановление КС РФ от 6 июня 2000 г. № 9-П); «...понятием «имущество» в его конституционно-правовом смысле охватываются, в частности, вещные права и права требования, в том числе принадлежащие кредиторам» (Постановление КС РФ от 16 мая 2000 г. № 8-П); «[д]анная конституционная гарантия, адресованная прежде всего собственникам, во всяком случае не может толковаться как отрицающая государственную защиту других признанных имущественных прав граждан...» (Постановление КС РФ от 13 декабря 2001 № 16-П); «...конституционно-правовыми гарантиями должны обеспечиваться и безналичные денежные средства, существующие в виде записи на банковском счете их обладателя,

которые по своей природе представляют собой охватываемое понятием имущества обязательственное требование к банку» (Постановление КС РФ от 27 октября 2015 г. № 28-П).

ЕСПЧ также предельно широко толкует понятие «имущество», упоминаемое в ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Например, в Постановлении ЕСПЧ от 7 февраля 2017 г. по делу «Мхчян (Mkhchyan) против Российской Федерации» (жалоба № 54700/12) отмечается: концепция имущества, отраженная в абзаце первом ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, имеет автономное значение, которое не ограничивается правом собственности в отношении материальных вещей и не зависит от формальной классификации по внутригосударственному законодательству: некоторые иные права и интересы, представляющие собой активы, также могут рассматриваться как «имущественные права» и, таким образом, как «имущество» по смыслу данного положения. Понятие имущества не сводится к «существующему имуществу», но может охватывать активы, включая требования, в отношении которых заявитель может доказать, что он имеет как минимум «правомерное ожидание» получения эффективного использования имущественного права. Правомерное ожидание возможности продолжения беспрепятственного пользования имуществом должно иметь «достаточную основу в национальном законодательстве». Тот факт, что законодательство государства не признает особый интерес в качестве «права» или даже «имущественного права», необязательно препятствует тому, чтобы при определенных обстоятельствах данный интерес рассматривался как «имущество» в значении ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции. В решениях против Российской Федерации ЕСПЧ многократно указывал, что «требование» может пониматься как «собственность» по смыслу ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции в случае, если в достаточной мере установлено, что оно может быть юридически реализовано (см., например, постановления ЕСПЧ от 15 февраля 2007 г. по делу «Райлян (Raylyan) против Российской Федерации» (жалоба № 22000/03), от 20 октября 2005 г. по делу «Шведов (Shvedov) против Российской Федерации» (жалоба № 69306/01), от 6 октября 2005 г. по делу «Андросов (Androsov) против Российской Федерации» (жалоба № 63973/00), от 6 октября 2005 г. по делу «Шиляев (Shilyayev) против Российской Федерации» (жалоба № 9647/02) и мн. др.).

По всей видимости, указание на неприкосновенность собственности в п. 1 ст. 1 ГК РФ должно пониматься в столь же широком, конституционном смысле, и если тому необходимы формальные обоснования, они могут быть обнаружены в том, что комментируемая норма говорит все же не о неприкосновенности права собственности, а о неприкос-

новенности собственности, что может (и должно) быть понимаемо как неприкосновенность любого имущества, что, безусловно, и необходимо считать одним из базовых принципов как конституционного, так и частного права.

Неприкосновенность собственности есть лишь фрагмент еще более общего принципа – неприкосновенности всего частного. Ведь оно потому и частное, что не всеобщее. С известной долей условности, наверное, можно говорить, что гражданское право проникнуто приватностью. Поэтому никто не может вмешиваться в чужие частные дела. К частным делам относится все наше личное, начиная с самого лица, его семьи, его быта и личной жизни, а также его имущества, включая вещи и права, его сделок. Вторжение помимо воли самого лица во всю его частную сферу запрещено.

С точки зрения терминологической традиции ГК РФ термин «неприкосновенность», помимо п. 1 комментируемой статьи, используется для обозначения некоторых нематериальных благ – неприкосновенности личности, частной жизни, жилища (п. 1 ст. 150 ГК РФ); одного из правомочий автора – неприкосновенности произведения и смежных прав (подп. 4 п. 2 ст. 1255, п. 1 ст. 1266, ст. 1267, п. 2 ст. 1282, подп. 4 п. 1 ст. 1315, ст. 1316, ст. 1342 ГК РФ). Нетрудно заметить, что все эти другие случаи касаются нематериальных объектов. Это, видимо, объясняется тем, что неприкосновенность более традиционного объекта – собственности обозначается в законе иным исторически сложившимся терминологическим рядом: признание права собственности, истребование имущества из чужого незаконного владения, защита права, не связанного с лишением владения, и т.п. Однако все это явления одного порядка: они суть реализация общего принципа неприкосновенности личности и его имущества.

Последнее крайне важно, так как в настоящее время в эпоху формирования постиндустриальной экономики собственность на вещи постепенно теряет свое экономическое значение. Все больший удельный вес имеют нематериальные активы. Современная IT-компания, у которой в собственности нет ни одной вещи вообще, может стоить больше, чем крупнейшая газовая компания, на балансе которой находится несметное число земельных участков, сооружений и иных физических вещей. Современные технологии и развитие конкуренции и новых коммерческих продуктов в корне меняют социальный ландшафт. Наличные деньги повсеместно вытеснены безналичными (обязательственными правами), а документарные ценные бумаги – бездокументарными (имущественные права). На рынке постепенно начинает доминировать модель извлечения полезных свойств из чужих

вещей за плату, т.е. на основе договорных обязательственных отношений. Первейшее место занимает тот источник, который позволяет платить за пользование чужими вещами (деньги, навыки, профессия и т.п.).

Поскольку собственность не только дает позитивную составляющую, но и возлагает на собственника соответствующие издержки и риски, не исключено, что дальнейшее развитие экономических отношений приведет ко все большему отказу многих потребителей от собственности, так как выгоднее станет удовлетворять свои потребности посредством обязательственного, а не вещного права. Содержание и эксплуатация собственности на вещь станет промыслом немногочисленных профессиональных субъектов, предлагающих гражданам и организациям возможность использования данных вещей на основании краткосрочных или долгосрочных обязательственных правоотношений. Эти тенденции проявляются уже сейчас (например, наем жилья, каршеринг, прокат одежды, облачные технологии и т.п.). Оборот товаров постепенно утрачивает свое доминирование на рынке, он уступает сделкам с другими благами (работы, услуги, цифровые активы). Поэтому крайне важно, чтобы неприкосновенность собственности как принцип права понимался не в узко цивилистических понятийных рамках, а в контексте более широкого конституционного смысла понятия «собственность».

*(б) Этическое, политическое и экономическое значение собственности*

В чем состоит ценность собственности?

Этическая и политическая ценность очевидна.

Во-первых, собственность дает свободу от других. А неприкосновенность собственности, следовательно, дает неприкосновенность свободы личности. Если человеку не нужно обращаться к другим для удовлетворения своих потребностей, поскольку он удовлетворяет их из своей вещи, он свободен от других. Поэтому собственность — это исход из общины, где свобода была подчинена общине, зависела от нее в силу общности прав на землю, а значит, от нравов, доминирующих в общине, и произвола ее коллективной воли. Можно сказать, что в общине у индивида нет собственности, а значит, нет и свободы. Безвозвратный исход из общины настоятельно требовал признания личной собственности, ее неприкосновенности.

Во-вторых, частная собственность — это и определенное условие обеспечения политической свободы. Чем больше в обществе крепко стоящих на ногах частных собственников, имеющих гарантии неприкосновенности последней, тем меньше шансов, что власть в стране будет узурпирована. Так, например, в истории первым шагом на пути

к формированию тоталитарного государства и масштабного подавления политических и иных свобод было устранение частной собственности на средства массовой информации.

При этом следует иметь в виду, что формирование частной собственности приводило к тотальному разрушению концепции реального экономического равенства, доминировавшего в группах первобытных охотников и собирателей. В мире, в котором признается частная собственность, всегда будут бедные и богатые. Частная собственность — это убийца идеалов общинной жизни, социального равенства, солидаризма, коллективизма. Соответственно, неудивительно, что концепция частной собственности уже много веков находится в центре серьезных политических и идеологических противоречий.

Экономическое же значение права собственности таково.

Во-первых, принцип неприкосновенности собственности имманентно обращен к статике гражданского права, но он жизненно необходим и для оборота (динамики гражданского права). Оборот вещей был бы невозможен, если бы его участники не признавали друг в друге собственников. Но одного лишь признания мало — нужно, чтобы за ним стояло содержание — гарантия собственности, ее неприкосновенность. Если продавец — собственник и его собственность неприкосновенна, претендент вынуждается вступать с собственником в переговоры и совершать добровольную сделку по приобретению вещи или иного имущества. Если представить себе оборот материальных благ в условиях, когда права на них не были бы четко закреплены, он мог бы развиваться только по принципу «из рук в руки», так как все, что имеет в таком мире значение, — это только фактическое владение. Оборот же имущественных прав нематериального свойства вовсе оказался бы парализован. Если продавец — собственник и его собственность неприкосновенна, покупатель готов заключить с ним договор, поскольку он стремится стать таким же собственником и получить такую же позицию — иметь неприкосновенную собственность. Развитый рыночный оборот был бы невозможен без признания прав собственности, а в условиях капитализма только такой оборот и формирует условия для экономического развития.

Во-вторых, если бы государство не признавало права частной собственности, претенденты вместо переговоров о покупке и совершения добровольных сделок просто пытались бы силой отобрать то, что им нужно. Поэтому защита прав собственности обеспечивает мирное сосуществование в обществе, трансформируя конфликты за ресурсы в переговоры о заключении рыночных сделок. Без признания права собственности за кем-либо (частными лицами или государством) и эф-

фактивной централизованной государственной защиты такого права общество легко скатилось бы в состояние войны всех против всех, в страшный гоббсовский мир хаоса. Важнейшая экономическая роль юридического признания и защиты прав собственности состоит в том, чтобы минимизировать издержки индивидов на охрану принадлежащего им имущества. Если бы государство устранилось от разработки действенной системы вещных прав и отказалось их защищать, то каждому из тех, кто физически обладает определенным имуществом, пришлось бы инвестировать значительные средства в его защиту, нанимать частную охрану, проводить постоянные инспекции. При этом претенденты на чужое имущество получали бы стимулы к инвестициям в совершенствование инструментов нападения и экспроприации. Эта «гонка вооружений» пожирала бы огромную часть средств, которые приносят обладание и использование материальных благ, приводила бы к непродуктивному использованию значительной части экономических ресурсов. Куда удобнее разоружиться и поручить государству обеспечивать охрану прав индивидов на обладаемые ими материальные блага. Существование единственного субъекта, имеющего монополию на применение насилия, позволяет обществу экономить колоссальные средства на содержание системы охраны существующего распределения материальных благ за счет экономии на масштабе. Для граждан выгоднее за счет небольшой части своих средств, уплачиваемых в качестве налогов, создать мощный единый аппарат насилия, который будет обеспечивать защиту обладания материальными правами, чем вовлекаться в нескончаемую «гонку вооружений».

В-третьих, важная роль фиксации прав собственности состоит в обеспечении условий для повышения инвестиций в продуктивное использование и приумножение объектов гражданских прав. Если бы не было признаваемых и защищаемых правом, а следовательно, и государством прав индивидуальной собственности на те или иные объекты материального мира, любые сколько-нибудь значимые инвестиции в их развитие и приумножение оказывались бы неоправданными и невероятно рискованными. Какой смысл тратить средства, время и силы на рекультивацию земли и повышение производительности ее обработки, накопление материальных благ и разработку новых средств производства, если все, что ты пытаешься сделать, создать и приумножить, может быть в одночасье экспроприровано любым более сильным индивидом? В таком мире без прав собственности рациональные люди лишаются стимулов к росту производительности, интенсивности труда и остаются в первобытных условиях примитивного натурального хозяйства, в котором будет производиться ровно



столько, чтобы не умереть с голоду, исчезнут торговля и разделение труда, прекратится научно-технический прогресс. Вариант же отмены частной собственности с передачей прав на все значимые ресурсы государству хотя и не приводит к столь драматическим последствиям, но, как показывает опыт многочисленных коммунистических экспериментов, неизбежно влечет (наряду с подавлением личной свободы, для которой частная собственность есть необходимая база) разрушение всей системы рыночной экономики и построение крайне неэффективной и неконкурентной плановой экономики.

В-четвертых, другая экономическая функция собственности в ее индивидуальной вариации состоит в обеспечении стимулов к ее эффективному и бережному использованию. Если бы блага принадлежали всем членам определенного сообщества, каждый бы имел стимулы к максимальной эксплуатации блага без оглядки на то, что в долгосрочной перспективе это приводило бы к быстрому истощению ресурса. Как показал Гаррет Хардин в своем знаменитом примере с «трагедией общин», из-за проблемы «безбилетника» у каждого индивида исчезала бы личная ответственность и возникали бы стимулы к избыточному использованию общего ресурса. И действительно, элементарный исторический опыт показывает, что все то, что принадлежит частному собственнику, используется значительно бережливее и рациональнее, чем то, что принадлежит обществу в целом. Общая собственность быстро приходит в запустение и истощается. Каждый из членов общины, которой принадлежит некоторый ресурс, не может быть уверен в том, что если он воздержится от его использования сегодня во имя сохранения и приумножения его полезных свойств завтра, то таким же образом поведут себя другие члены общины. Соответственно, в той степени, в которой невозможно эффективно принуждать лиц, имеющих доступ к коллективному благу, к бережливости или рассчитывать на их сознательность и способность к саморегуляции, для конкретного индивида хищническая эксплуатация коллективного ресурса до его полного истощения оказывается доминирующей стратегией поведения.

Та же ситуация и с инвестициями в условиях общей собственности на ресурсы и результаты труда: каждый из индивидов не может быть уверен в том, что его личные повышенные инвестиции труда и средств позволят именно ему получить повышенную отдачу от данного ресурса, находящегося в общей собственности. Соответственно, при отсутствии какой-либо эффективной системы централизованного управления коллективным трудом и распределения каждый будет воздерживаться от инвестирования.

Общая собственность более или менее работает только там, где есть небольшая община с действенной системой внутренней регуляции поведения его членов. Но как только дело доходит до больших групп населения, не связанных между собой тесными родственными или иными подобными связями, этот механизм саморегуляции перестает срабатывать, и эгоистическая сущность каждого из индивидов приводит к неэффективному использованию ресурса. Такие проблемы мы сейчас наблюдаем и в области избыточной добычи рыбных ресурсов, угрожающей их полным истощением в отсутствие специального регулирования и квотирования, и в области загрязнения окружающей среды, и во многих других сферах, где нет четко закрепленных прав собственности на соответствующие блага и последние открыты для использования всеми желающими (если государство не начинает вводить ограничительное регулирование). Намного более эффективно там, где это в принципе возможно, закрепить монопольные права на соответствующие ресурсы и блага за конкретными индивидами, гарантировав, что только они могут получать всю выгоду от их использования. Это, как правило, сразу же стимулирует владельцев проявлять бережливость в потреблении и инвестировать в развитие соответствующего ресурса, а общество получает необходимую долю от растущего пирога для финансирования публичных благ и реализации иных общественных целей за счет налогообложения.

Но закрепление прав собственности не всегда оправданно и технически возможно.

Во-первых, часто фиксация таких прав будет противоречить основам нравственности или правопорядка (например, право собственности на человека установить по современным нравственным представлениям неприемлемо).

Во-вторых, если ресурсы неограниченны или близки к этому состоянию, закрепление эксклюзивных прав на них теряет всякий смысл. Так, например, позитивное право не признает право собственности на воздух.

В-третьих, нецелесообразно закреплять права собственности тогда, когда издержки на обеспечение прав собственности на такие объекты непропорционально выше, чем та ценность, которую они приносят. Например, какой смысл признавать права собственности на диких животных, насекомых, птиц или рыб? Да, в некоторых случаях дикие животные могут иметь большую ценность для человека (меха, мясо, бивни и т.п.), но их подвижность делает невозможными фиксацию контроля за их перемещением и идентификацию правообладателей. Соответственно, единственным выходом является закрепление прав

собственности на них за тем, кому удастся такое дикое животное поймать или убить на охоте. Это решение неидеальное, так как отсутствие прав индивидуальной собственности на соответствующих диких животных тут же создает «трагедию общин», а именно риск избыточного потребления, при котором, например, каждый из рыболовов лишается стимулов думать о воспроизводстве данного рыбного ресурса и ограничивать свои аппетиты во имя будущих уловов. Ответом на эту проблему обычно является публично-правовое регулирование, ограничивающее охоту и рыболовство. Но до появления государства и соответствующего публично-правового регулирования люди успели истребить колоссальное количество видов, которые при более рациональном подходе к охоте и рыболовству могли бы до сих пор кормить миллионы людей.

За рамками этих и некоторых иных ситуаций вещи оказываются объектами прав собственности (частной или публичной). Что же до иных имущественных прав, то они формируются по воле соответствующих сторон или прямого указания в законе.

*(в) Значение идеи охраны собственности*

Суть принципа неприкосновенности собственности прежде всего выражается в том, что государство берет на себя обязанность по охране имущественных прав. Неприкосновенность собственности обеспечивается инструментами не только частного, но и уголовного, и административного, и других отраслей права. При этом обязанность государства не исчерпывается созданием эффективной правоохранительной системы и поддержанием ее в работоспособном состоянии. Задача государства гораздо сложнее: необходимо не только бороться против покушений на собственность и заниматься их превенцией, но и создавать условия стабильного и предсказуемого развития имущественных отношений: это и регистрация имущественных прав, и адекватное налогообложение, и т.п. Например, в Постановлении КС РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П отмечается, что институт государственной регистрации прав на недвижимое имущество призван обеспечивать правовую определенность в сфере оборота недвижимого имущества, чтобы участники гражданских правоотношений имели возможность в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения и быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей.

В контексте применения действующего гражданского законодательства принцип неприкосновенности собственности означает, что суды должны признавать и защищать частную или публичную собственность всеми известными закону инструментами, а также толковать законодательные нормы и восполнять пробелы в них, руководствуясь

соображениями обеспечения максимально полной защиты частной собственности.

Термин «неприкосновенность» на первый взгляд очень точно выражает степень правовой охраны собственности: чужой вещи нельзя даже касаться, хотя бы это и не причиняло ей вреда. Конечно, в практической жизни сложно представить себе случай, когда один лишь факт ничего не умаляющего прикосновения к чужой вещи послужил бы основанием для юридической ответственности интервента. Термин «неприкосновенность» — это гипербола, которая призвана наиболее ярко передать саму идею абсолютности права собственности. Вместе с тем, поскольку в частной собственности очень много личного, есть основания и для буквального понимания неприкосновенности собственности. Действительно, собственнику может быть важно, чтобы его вещи не касались в буквальном смысле, например, хотя бы потому, что и легкое прикосновение может перерасти во что-то большее и вредоносное.

Неприкосновенность собственности распространяется на все правомочия собственника, т.е. его возможности владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом (п. 1 ст. 209 ГК РФ). В самом общем виде применительно к праву собственности на вещь это означает, что никто без согласия собственника не вправе распоряжаться его вещью, т.е. определять ее юридическую и физическую судьбу; никто не вправе лишить собственника фактического господства над вещью помимо его воли; никто не вправе извлекать из вещи ее полезные свойства.

Для всякого нарушения права собственности на вещь в правовой системе эволюционным образом закрепились различные способы защиты этого права: признание права, виндикация, негаторный иск, иск о признании права отсутствующим, иск об исключении имущества из описи и освобождении от ареста, иск о выделении доли и т.д.

В случае с имущественными правами неприкосновенность собственности означает, что никто третий не может ограничивать правообладателя в реализации его права (например, никто не вправе списать средства с банковского счета или лишить акционера его прав на акции либо ограничить его корпоративные права).

Поэтому принцип неприкосновенности собственности — это не только идея, он имеет свой достаточно обширный арсенал юридических средств его укоренения на практике.

Ясно, что на практике неприкосновенность собственности подвергается постоянным нападкам, поскольку искушение незаконным обогащением слишком велико, чтобы ему могли противостоять все.

Если бы собственность лишилась какой-либо реальной защиты, принцип неприкосновенности собственности оказался бы историческим памятником в юриспруденции. Несколько упрощая закон диалектики о борьбе и единстве противоположностей, можно сказать, что принцип неприкосновенности собственности обязан своим существованием своему же антиподу – нарушению собственности, поскольку одно невозможно без другого.

*(г) Пределы собственности*

Принцип неприкосновенности собственности имеет свои пределы. Закон может вводить реализацию прав собственника в определенные рамки, предопределенные различными целями права (в том числе во имя охраны интересов третьих лиц, общественных интересов и т.п.). Так, использовать земельный участок можно только по его целевому назначению, которое может быть довольно ограниченным (например, для сельскохозяйственного производства или жилищного строительства).

Закон также может предоставлять третьим лицам возможность обременить право собственности путем установления сервитута. В подобных ситуациях само право собственности сохраняется, однако его содержание (следовательно, и стоимость имущества) в определенном смысле сокращается.

Ограничения права собственности на основании закона могут вводить и публичные органы власти. Прежде всего такие ограничения не могут быть произвольными, должны быть адекватны тем целям, ради которых вводятся, и могут учреждаться лишь на основании прямого указания закона (право собственности отнесено Конституцией РФ к основным правам человека, и его ограничение возможно только при соблюдении условий, указанных в ч. 3 ее ст. 55).

Тем не менее даже установленные согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ ограничения могут быть чрезвычайно обременительны для собственника. Например, если при установлении зоны охраны объекта культурного наследия ограничивается право собственности на земельные участки и накладывается запрет на хозяйственную деятельность на них, то в результате право собственности на эти участки фактически превращается в *ius nudum*. По своим практическим последствиям такое ограничение права собственности мало отличается от изъятия имущества. КС РФ указывал, что «один из основополагающих аспектов верховенства права – общепризнанный принцип неприкосновенности собственности, выступающий гарантией права собственности во всех его составляющих, таких как владение, пользование и распоряжение своим имуществом» (Постановление КС РФ от 17 апреля 2019 г.

№ 18-П), т.е. ограничение любой из этих составляющих означает покушение на принцип неприкосновенности собственности. В случае с земельными участками в российском праве существует специальный инструмент для разрешения этой задачи. Это ст. 57 и 57.1 ЗК РФ, предусматривающие возможность возмещения убытков, причиненных правомерным ограничением прав на земельные участки. Правила возмещения убытков в подобных случаях утверждены Постановлением Правительства РФ от 7 мая 2003 г. № 262. Согласно п. 8 указанных Правил при определении размера убытков, причиненных собственникам земельных участков ограничением их прав, учитываются разница между рыночной стоимостью земельного участка без учета ограничений прав и рыночной стоимостью земельного участка с учетом этих ограничений, убытки, которые собственники земельных участков несут в связи с досрочным прекращением своих обязательств перед третьими лицами, в том числе упущенная выгода, а также расходы, связанные с ограничением прав.

Отметим, что в соответствии со ст. 57 ЗК РФ возмещению подлежат, в частности, и убытки, причиненные изменением целевого назначения земельного участка на основании ходатайства органа власти о переводе земельного участка из состава земель одной категории в другую без согласования с правообладателем земельного участка. Таким образом, по крайней мере в самой чувствительной области — в отношении земельных участков — при установлении ограничений права собственности как минимум на уровне законодательных предписаний соблюдается принцип, установленный ч. 3 ст. 35 Конституции РФ.

Закон также запрещает злоупотребление правом собственности, как и любым иным правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). См. подробнее об этом комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ.

#### *(д) Изъятие собственности*

Собственник может быть правомерно принудительно лишен своей собственности в случаях, предусмотренных законом, но это согласно Конституции РФ возможно только по решению суда (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ). Никаких исключений из данного правила Конституция РФ не предусматривает. Многие известные случаи отступления закона от этого правила хотя и не признаны противоречащими Конституции РФ, тем не менее являются крайне спорными с конституционной точки зрения, так как ограничивают конституционное право непропорционально. Характерный и вызывающий бурные споры пример — административный снос самовольных построек.

КС РФ неоднократно указывал, что закрепленные в ст. 35 Конституции РФ гарантии защиты права собственности предоставляются лишь

в отношении того имущества, которое принадлежит соответствующему субъекту на законных основаниях (см., например, Постановление от 11 марта 1998 г. № 8-П; определения от 25 марта 2004 г. № 85-О, от 13 октября 2009 г. № 1276-О-О, от 25 января 2012 г. № 184-О-О, от 28 июня 2018 г. № 1510-О, от 28 июня 2018 г. № 1517-О и др.). Эта позиция была выражена в отношении объектов самовольного строительства. На данном подходе и основано действующее регулирование в указанной сфере: в некоторых случаях, — видимо, представляющихся законодателю «очевидными» — допускается снос самовольных построек в административном порядке; однако это согласно действующей редакции ст. 222 ГК РФ невозможно, если в отношении объекта право собственности зарегистрировано в ЕГРН или признано судом, если ранее судом отказано в удовлетворении иска о сносе самовольной постройки или если речь идет о жилом или садовом доме. До внесения в ст. 222 ГК РФ этой поправки в ряде регионов Российской Федерации, к сожалению, происходили случаи административного сноса построек, несмотря на то что права на них были зарегистрированы в ЕГРН.

Другой пример: ч. 3 ст. 35 Конституции РФ устанавливает, что «[п]ринудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения»; эта норма имеет в виду защиту частного имущества от посягательств власти. Положения Конституции РФ корреспондируют содержанию ст. 1 Протокола № 1 от 20 марта 1952 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права». Безусловно, в современном мире право собственности не может считаться полностью неприкосновенным, и изъятие имущества в общественных целях — достаточно обыденное явление. В Постановлении КС РФ от 11 февраля 2019 г. № 9-П указывается, что «[в]озможность принудительного изъятия имущества должна уравниваться неукоснительным соблюдением установленных Конституцией РФ гарантий неприкосновенности права собственности, что... предполагает конституционную обязанность законодателя установить надлежащие юридические процедуры принятия и исполнения решений об изъятии имущества у собственника». С учетом положений ч. 3 ст. 35 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которым такое изъятие возможно, если оно адекватно социально необходимому результату и строго обусловлено публичными интересами (постановления КС РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П,

от 24 февраля 2004 г. № 3-П, от 12 июля 2007 г. № 10-П, от 29 июня 2012 г. № 16-П, от 16 апреля 2015 г. № 8-П, от 3 июля 2018 г. № 28-П, от 11 февраля 2019 г. № 9-П и др.), возможность его применения предусмотрена законом, а за изымаемое имущество предоставляется предварительное и равноценное возмещение, включающее его рыночную стоимость и причиненные изъятием убытки, возможность такого изъятия – по крайней мере в теории – выглядит не подрывающей сам принцип неприкосновенности собственности.

Публичный интерес – тот наиболее фундаментальный предел, который принцип неприкосновенности собственности преодолеть не может. Возможность вторжения в право частной собственности в целях защиты публичных интересов получила нормативную конкретизацию в ГК РФ, который, называя в числе основных начал гражданского законодательства неприкосновенность собственности (п. 1 ст. 1), допускает тем не менее возможность принудительного прекращения права собственности по предусмотренным законом основаниям, включая конфискацию, определяемую как безвозмездное изъятие имущества у собственника по решению суда в связи с совершением преступления или иного правонарушения (подп. 6 п. 2 ст. 235 и п. 1 ст. 243) (Постановление КС РФ от 7 марта 2017 г. № 5-П). Критически важным в этом вопросе является определение справедливых границ публичного интереса, поскольку ложно понятый публичный интерес угрожает фундаментальному принципу.

Часть 3 ст. 35 Конституции РФ говорит о принудительном выкупе лишь для публичных нужд. Однако в законе встречаются и примеры принудительного выкупа имущества в частных интересах, если эти частные интересы согласуются с интересами общества. Общие положения о выкупе недвижимости в публичных интересах с недавних пор прямо говорят о том, что имущество может принудительно выкупаться в интересах частных лиц. Решение об изъятии земельных участков может быть принято органом власти на основании ходатайств, с которыми вправе обратиться частные лица, указанные в ст. 56.4 ЗК РФ. В таком случае соглашение об изъятии недвижимости заключается между правообладателем изымаемой недвижимости и организацией, подавшей такое ходатайство (ст. 56.10 ЗК РФ). Если соглашение не заключено, организация, на основании ходатайства которой принято решение об изъятии, имеет право обратиться в суд с иском о принудительном изъятии земельного участка и (или) расположенных на нем объектов недвижимости. Если решение об изъятии принято на основании ходатайства об изъятии, поданного такой организацией, возмещение за изымаемое имущество осуществляется за счет средств указанной



организации (ст. 56.10). Такой подход, в принципе, не противоречит позиции ЕСПЧ, который указывает, что «принудительная передача имущества от одного лица к другому в зависимости от обстоятельств дела может представлять собой законное средство для достижения интересов общества» (Постановление ЕСПЧ от 28 марта 2017 г. по делу «Волчкова и Миронов (Volchkova and Mironov) против Российской Федерации» (жалобы № 45668/05 и 2292/06)), но его политико-правовая оправданность и конституционность могут вызывать споры.

В ряде случаев закон прямо признает возможность принудительного изъятия частного имущества в пользу другого частного лица в одностороннем внесудебном порядке. Речь, в частности, идет о выкупе ценных бумаг публичного общества (ст. 84.8 Закона об АО). Лицо, которое приобрело более 95% акций публичного общества, вправе выкупить у акционеров, а также у владельцев эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в такие акции публичного общества, указанные ценные бумаги. Выкуп осуществляется по цене не ниже рыночной стоимости выкупаемых ценных бумаг, которая должна быть определена оценщиком. В течение трех дней после представления документов, подтверждающих оплату выкупаемых ценных бумаг, и сведений о счетах, на которых учитываются права на ценные бумаги такого лица, регистратор общества списывает выкупаемые ценные бумаги с лицевых счетов их владельцев, с лицевых счетов номинальных держателей акций и зачисляет их на лицевой счет выкупающего ценные бумаги лица. Списание производится регистратором без распоряжения лиц, зарегистрированных в реестре акционеров публичного общества. Интересно, что одновременно со списанием с лицевого счета (счета депо) выкупаемых ценных бумаг, которые являлись предметом залога или иного обременения, такие залог или обременение прекращаются. По поводу принудительного выкупа акций КС РФ в Постановлении от 24 февраля 2004 г. № 3-П и Определении от 3 июля 2007 г. № 681-О-П отметил, что принудительное отчуждение имущества при условии предварительного и равноценного возмещения возможно не только для государственных нужд, но и в случаях, когда оно осуществляется в целях «общего для акционерного общества блага». Гарантией же защиты прав миноритарных акционеров, по мнению КС РФ, является последующий судебный контроль.

Как мы видим, несмотря на то что конституционные гарантии охраны частной собственности предполагают допустимость лишения имущества не иначе как по решению суда, на деле отступления от этого принципа постепенно расширяются, что представляет собой опасный компромисс. Законодатель все чаще считает, что отобра-

ние частной собственности без суда с предоставлением собственнику права оспаривания таких действий или получения справедливой компенсации — это вполне конституционное решение, а суды начинают допускать изъятие собственности даже при отсутствии законодательных оснований. В большинстве случаев с этим сложно согласиться. Малейшие отступления от предварительной исключительно судебной процедуры лишения права собственности образуют те первичные бреши в праве личности, которые могут повлечь разрушение самого принципа, а вслед за ним полный произвол и потерю свободы личности. Соображения удобства, целесообразности, уменьшения издержек и подобные рассуждения не должны в большинстве случаев умалять действие общего принципа, поскольку такая «экономия» в конечном счете может обернуться потерей всего. Издержки, которые несет общество на судебную защиту собственности, — это та цена, каковую нужно платить за свободу и благополучие, а последние не могут стоить дешево. Никакие рассуждения об общественной полезности ослабления судебной защиты собственности не могут обосновать отмену или ослабление судебной защиты, поскольку неправовое не может стать правовым по соображениям целесообразности.

Итак, неприкосновенность собственности может быть ограничена только законом и только при наличии очень веских конституционных оснований, которые по своей значимости перевешивают то колоссальное значение, которое имеет гарантия защиты частной собственности.

Здесь следует отметить, что судебная практика иногда допускает изъятие собственности даже при отсутствии законодательного основания. Несмотря на положения ст. 35 Конституции РФ и недвусмысленное содержание п. 4 ст. 252 ГК РФ, в судебной практике после некоторых колебаний сложился подход, в соответствии с которым малозначительная доля в праве собственности (речь прежде всего идет о праве собственности на жилые помещения) может быть принудительно выкуплена у собственника по иску другого участника общей собственности, даже если ответчик и не заявлял желания выделить свою долю (см., например, определения СКГД ВС РФ от 12 июля 2016 г. № 46-КГ16-8, от 26 июля 2016 г. № 18-КГ16-65, от 30 августа 2016 г. № 78-КГ16-36, от 27 июня 2017 г. № 56-КГ17-13, от 3 июля 2018 г. № 59-КГ18-9 и др.). Есть мнение, что это отступление от строго формального следования принципу неприкосновенности собственности оправданно, поскольку (возможно, парадоксальным образом) оно направлено на укрепление права собственности, ведь такие микроскопические доли изрядно подрывают «крепость» права собственности, а их обладатели вряд ли могут считаться настоящими собственниками.

Но могут быть приведены и не менее убедительные контраргументы, главный из которых состоит в том, что законодательной основы для такого лишения собственности нет, а Конституция РФ допускает изъятие собственности только на основании закона.

### ***1.7. Свобода договора***

Принцип свободы договора есть частный случай более широкого принципа – свободы лица и автономии его воли вообще, о которых говорит п. 2 ст. 1 ГК РФ. Свобода человека и автономия его воли проявляются, конечно, не только в сфере заключения договоров, но вообще во всей сфере его бытия и даже после его смерти (завещание). Свободой проникнута вся деятельность человека, в том числе не связанная с гражданским правом вообще. Так, свободна деятельность человека в имущественной сфере, хотя бы и не связанная с договорами. Распоряжение собственным имуществом иным, помимо сделки, образом тоже свободно. Например, отказ от права собственности на выбрасываемую вещь, ее уничтожение или потребление суть проявление свободной воли, хотя бы она проявлялась и подсознательно. Не случайно поэтому в п. 2 ст. 2 ГК РФ установлено, что свободы человека защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих свобод. Видно, что законодатель обоснованно считает, что свобода человека проявляется не в одном, а во множестве аспектов, отсюда – свободы, а не свобода. Люди свободны во всем, а не в одном.

ГК РФ широко использует термин «свобода». Он определяет свободу сделкоспособности малолетних (подп. 3 п. 2 ст. 28 ГК РФ); свобода характеризует оборот объектов гражданского права (п. 1 ст. 129 ГК РФ); свобода является атрибутом некоторых нематериальных благ (свобода передвижения, свобода выбора места пребывания и жительства (п. 1 ст. 150 ГК РФ)); общее правило осуществления земельных прав – свободное (п. 3 ст. 209 ГК РФ); пространственная свобода человека определяется, в частности, свободным нахождением граждан на общедоступных земельных участках (п. 1 ст. 262 ГК РФ); свобода распоряжения денежными средствами проявляется как общее правомочие при обременении владельцем своего залогового счета (п. 1 ст. 358.12 ГК РФ); понятие свободы от прав других лиц используется для характеристики товара для целей установления правил об ответственности за эвизию (п. 1 ст. 460 ГК РФ); обязанность наймодателя жилого помещения определяется через указание на такое состояние помещения, как его свобода (п. 1 ст. 676 ГК РФ); в наследовании свобода прежде всего характерна для завещания (ст. 1119 ГК РФ); в авторском праве свобода предоставляется другим от монополии автора и обладателя смежных прав (п. 1 ст. 1245, ст. 1273, ст. 1274–1279,

ст. 1282, п. 2 ст. 1291, ст. 1306, п. 3 ст. 1327, п. 3 ст. 1331, п. 2 ст. 1340, п. 2 ст. 1364, п. 2 ст. 1425, п. 4 ст. 1457 ГК РФ), хотя, конечно, прежде всего следует говорить о свободе самого творчества, которое плохо уживается с неволей.

Как видно, термин «свобода» необходим законодателю для всей системы гражданского права: правовой режим лиц, участвующих в обороте, объектов гражданских прав, вещных, исключительных и обязательственных прав постоянно нуждаются в уточнении через характеристику свободы. Также неудивительно, что никакой свободы не обнаруживается для делинквента и кондикционного должника. Не может быть юридической свободы на причинение вреда или на неосновательное обогащение. Другое дело, что всякий свободен в том, совершать ему как правомерное, так и неправомерное деяние фактически, однако и в том, и в другом случае, но с противоположным эффектом каждый может встретиться с реакцией правопорядка в отношении своих действий. Фактическая свобода не дает свободы от действия права.

Если неприкосновенность собственности главным образом необходима для удовлетворения потребностей собственника за счет полезных свойств вещи или иного имущества (статика отношений), то потребности людей, заключающиеся в действии других людей, реализуются посредством договора (динамика отношений). Как уже отмечалось, имущественные и связанные с ними иные потребности одних людей могут удовлетворяться за счет удовлетворения потребностей других людей. Здесь возникает почва для экономического обмена одних благ на другие. Поскольку потребности людей могут быть чрезвычайно нюансированы, наиболее точное их удовлетворение возможно только при широкой свободе усмотрения условий такого удовлетворения. Лучшее юридическое средство для этого — свобода договора.

Свобода договора, как уже отмечалось, является проявлением идеи правового равенства индивидов. Договорные отношения между неравными если не вовсе невозможны, то вряд ли типичны. На связь идеи формального равенства и принципа свободы договора указывает и КС РФ (Постановление от 3 июля 2001 г. № 10-П).

Свобода договора есть частное проявление свободы личности. Чем больше свободы усмотрения личности при заключении договора и определении его условий, тем более свободным является и само лицо. Отсюда видно, насколько принцип свободы договора ценен для каждого и всякого и в конечном счете для всего общества. В том числе поэтому в практике арбитражных судов столь значительное и фундаментальное внимание было уделено единообразному приме-

нению принципа свободы договора и соответствующих норм ГК РФ (Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

Свобода договора является не только проявлением, но и важнейшей гарантией сохранения личной свободы (равно как и право частной собственности). В мире, в котором некто третий (например, государство) навязывает людям, что, где, когда и на каких условиях приобретать или отчуждать, не может быть свободы личности; это будет мир тоталитаризма.

Свобода договора помимо вышеуказанных функций выполняет и важнейшую экономическую роль. Рыночная экономика на языке юристов воплощается прежде всего в идее договорной свободы. В той степени, в которой страна на конституционном уровне выбрала модель рыночной экономики, она не может не признавать свободу договора, так как рыночная экономика представляет собой экономический оборот, построенный не на основе единого плана, написанного неким всемогущим и всезнающим регулятором, а осуществляемый на основе миллиарда таких микропланов, которые пишут и согласовывают для себя участники оборота. В рыночной экономике сами стороны решают, с кем, когда и на каких условиях вступать в экономические взаимодействия, и свобода договора позволяет им это делать. Так как люди, как правило, осознают свои потребности лучше, чем кто-либо другой, если стороны ударили по рукам, это значит, что согласованные условия соответствуют их интересам, и каждая из сторон что-то выигрывает. Ведь если бы одна из сторон ухудшала свое положение по сравнению с тем, которое было бы, не будь сделка заключена, она бы не заключила договора. Распределение выигрышей от такого договора за счет согласованной цены или соотношения иных согласованных прав и обязанностей может быть вполне справедливым или, наоборот, явно несправедливым, но, как правило, выигрыш имеется у каждой из сторон. Этот способ организации оборота дает свои пороки воли, вред интересам третьих лиц и т.п.), и право пытается их предотвращать, но такая модель организации экономической жизни дает намного меньше ошибок, чем оборот в плановой экономике. Поэтому суды обоснованно отмечают, что принцип свободы договора направлен на развитие в том числе предпринимательской деятельности (Определение СКЭС ВС РФ от 25 августа 2016 г. № 301-ЭС16-4469).

Принцип свободы договора распространяется не только на решение заключать или не заключать договор, на формулирование его условий, но и на ведение переговоров (п. 1 ст. 434.1 ГК РФ).

Известно, что принцип свободы договора проявляется в двух ипостасях: свободе определения условий договора, в том числе свободе

заключения смешанного и непоименованного договора, и свободе заключения договора с тем, кого желает выбрать себе в контрагенты соответствующая сторона, и тогда, когда она того желает.

В современных условиях экономическая свобода признается в Конституции РФ (ч. 1 ст. 8 и ч. 1 ст. 34). На основе толкования положений Конституции РФ об экономической свободе как конституционном принципе КС РФ также наделяет идею свободы договора статусом конституционного принципа. Свобода договора, по мнению КС РФ, вытекает из признаваемой Конституцией РФ свободы экономической деятельности (ст. 8), а также выраженных в ее ст. 34 и 35 прав на свободное использование своих способностей и имущества для не запрещенной законом экономической деятельности и распоряжение своим имуществом. Уже в Постановлении КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П было отмечено, что из смысла этих конституционных положений вытекает конституционное признание свободы договора как одной из гарантируемых государством свобод человека и гражданина. Этот же вывод повторяется во множестве других постановлений КС РФ (постановления от 22 ноября 2000 г. № 14-П, от 3 июля 2001 г. № 10-П, от 13 декабря 2001 г. № 16-П, от 1 апреля 2003 г. № 4-П, от 18 июля 2003 г. № 14-П, от 12 ноября 2003 г. № 17-П, от 6 ноября 2013 г. № 23-П, от 27 октября 2015 г. № 28-П, от 15 февраля 2016 г. № 3-П).

В этом аспекте вполне логичным является суждение ВС РФ, согласно которому принцип свободы договора является неприкосновенным (Определение СКГД ВС РФ от 24 ноября 2004 г. № 91-Г04-8). Здесь усматривается терминологическая переключка с принципом неприкосновенности прав и свобод человека.

Но идея свободы договора представляет собой, как и любой конституционный принцип, опровержимую презумпцию, принцип свободы договора нигде не понимается так, что свобода оказывается безграничной. Ограничение свободы договора в самом упрощенном виде может иметь конституционное оправдание, если оно устанавливается в интересах слабой стороны договора во имя справедливости (например, массовые ограничения договорной свободы в потребительских отношениях), в целях предотвращения абсолютно несправедливых и аномальных проявлений автономии воли (например, запрет условий, ограничивающих ответственность на случай умышленного нарушения договора), в интересах третьих лиц, которые могут иногда страдать в результате совершения сделки (например, запреты на антиконкурентные соглашения), а также в интересах обеспечения публичного порядка, общественных интересов (например, запреты на свободную торговлю оружием или коррупцию) и для защиты основ нравственно-

сти (например, запреты на проституцию, продажу органов для трансплантации и т.п.).

Стороны также несвободны от той квалификации договоров, которую определяет закон в целях формирования правового режима соответствующего договора. Стороны, которые решили обменять товар на деньги, не могут избежать квалификации такого договора в качестве договора купли-продажи и применения соответствующих правил о купле-продаже, имея возможность, оставаясь в рамках навязанной законом правовой квалификации данного договора, лишь отступить от тех правил, которые являются диспозитивными.

Для законодателя принцип свободы договора означает, что данная свобода презюмируется, а для ее ограничения требуются аргументы достаточно высокого политико-правового порядка. КС РФ, неоднократно признавая в своей практике свободу договора конституционным принципом, устанавливает, что ограничение этой свободы возможно исключительно во имя более значимых конституционных принципов. Так, в Постановлении от 28 января 2010 г. № 2-П КС РФ пишет, что свобода договоров в силу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ может быть ограничена федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях «защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Похожие формулировки содержатся в постановлениях КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П, от 6 июня 2000 г. № 9-П, от 18 июля 2003 г. № 14-П, от 16 июля 2004 г. № 14-П, от 31 мая 2005 г. № 6-П, от 28 февраля 2006 г. № 2-П, от 18 июля 2003 г. № 14-П. Нередко КС РФ также отмечает, что вводимые ограничения должны отвечать требованиям справедливости (Постановление от 1 апреля 2003 г. № 4-П) и могут предопределяться соображениями защиты слабой стороны договора (постановления КС РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П, от 3 июля 2001 г. № 10-П).

Равным образом и для суда принцип свободы договора означает, что такое толкование нормы права, которое приводит к ограничению свободы договора, должно быть обосновано такими же мотивами, которые требуются и законодателю. Как указал ВАС РФ, принцип свободы договора является фундаментальным частноправовым принципом, основополагающим началом для организации современного рыночного оборота, его ограничения могут быть допущены лишь в крайних случаях в целях защиты интересов и экономических ожиданий третьих лиц, слабой стороны договора (потребителей), основ правопорядка или нравственности или интересов общества в целом (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13). Поэтому при

толковании норм обязательственного и договорного права, определяющих права и обязанности сторон договора, но не указывающих прямо на запрет согласования иного, суд может квалифицировать спорную норму в качестве императивной в отступление от общей презумпции допущения всего, что прямо не запрещено, только тогда, когда ему очевидны те легитимные конституционные цели, которые могли оправдать императивное прочтение данной нормы. Эта логика отражена в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

Законодательство и судебная практика знают достаточно примеров ограничения принципа свободы договора. Это и множество императивных норм, устанавливающих те или иные законодательные запреты на заключение определенных договоров либо согласование тех или иных условий, и императивные предписывающие нормы, определяющие права и обязанности сторон договора, если в силу целей их установления (телеологического толкования) очевидно, что они исключают возможность согласования иного. Применительно к таким ситуациям говорят об ограничениях свободы договора *ex ante*. Кроме того, множество ограничений договорной свободы вводятся *ex post*, при разрешении конкретных споров судами, которые блокируют те или иные сделки либо условия на основе общих оценочных понятий гражданского права, закрепленных в законе и фактически делегирующих судам компетенцию по противодействию злоупотреблениям договорной свободой (запрет на злоупотребление правом, недобросовестность, ничтожность сделки, противоречащей основам нравственности или правопорядка, оспоримость кабальной сделки, блокирование несправедливых договорных условий в договорах присоединения и иных договорах, заключенных при явном неравенстве переговорных возможностей, и т.п.).

Как указывает ВС РФ, участники гражданских правоотношений в силу их диспозитивной природы должны иметь явное и однозначное представление о наличии ограничений договорной свободы (п. 16 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утвержденного Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.). Действительно, было бы желательно, чтобы участникам гражданского оборота была предоставлена возможность знать об ограничении своих прав, с тем чтобы об этих ограничениях они не узнавали впервые в суде по собственному делу. И вопрос тут вовсе не в диспозитивной природе гражданских правоотношений, а в том, что всякий имеет право знать о своих правах и их ограничениях. Это опять же вопрос личной свободы, поскольку всякий, кто не



знает о своем праве и его границах, свободен не вполне. В то же время здесь следует учитывать, что вся система функционирования контроля договорной свободы *ex post* основана на оценке содержания сделки и введении тех или иных ограничений на основе принципов права (справедливости, добросовестности и т.п.), а результаты применения таких принципов судом не всегда легко предсказать. То же касается и иных вариантов судебного правотворчества (толкования спорных норм закона, восполнения пробелов в праве и т.п.). Все такие формы вовлечения судов в установление «правил игры» и отступления от парадигмы механического правоприменения, обеспечивающие развитие права, своей побочной стороной имеют ретроспективность и применение к ранее имевшим место отношениям сторон новых правовых позиций (в том числе и ограничений договорной свободы).

Поэтому обеспечить полную правовую определенность и предсказуемость можно, только полностью лишив суды возможности бороться со злоупотреблениями и применять принципы права при толковании закона и восполнении пробелов в нем. Так что здесь следует искать баланс между конституционным принципом правовой определенности и необходимостью обеспечивать реализацию конституционных и сугубо цивилистических принципов права.

Ограничение свободы договора требует особой щепетильности, которой иногда недостает судебной практике. Так, например, можно обнаружить такое суждение суда, согласно которому принцип свободы договора не является безграничным и, сочетаясь с принципом добросовестного поведения участника гражданских правоотношений, не исключает оценку разумности и справедливости условий договора (Определение СКГД ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 83-КГ16-2). Абстрагируясь от обстоятельств данного дела и сосредоточившись на соответствующей правовой позиции, которую можно понять и в том смысле, что разумность условия договора подлежит судебному контролю, необходимо отметить спорность такого подхода и даже его опасность. Разумность, конечно, положительное качество личности и рациональности его поведения. Однако никто не обязан быть разумным. Если чья-то неразумность не вредит никому, кроме него самого, то правопорядок не должен вмешиваться в частную жизнь, даже если, по мнению суда, она и наполнена некоторыми неразумными действиями. Иногда закон нарушает данный базовый принцип либерализма, патерналистски опекая индивида и ограничивая его свободу во имя его же интересов, как их понимает законодатель, но это, скорее, исключение, и широкого распространения данная регуляторная политика иметь не должна, поскольку иначе общество встанет на скользкую

дорогу, ведущую к тотальной несвободе. По общему правилу право может встать на защиту неразумного субъекта, если кто-то незаконно или недобросовестно извлекает для себя из этого выгоды в ущерб правам и законным интересам такого неразумного лица, что, в свою очередь, означает несправедливость. В остальных случаях каждый вправе быть неразумным, так как это его частное дело, и к сторонам договора данный вывод в полной мере относится. Соответственно, даже если суду представляется неразумным то или иное условие договора, то этого еще недостаточно, чтобы вторгнуться в договорную свободу лица, добровольно принявшего на себя такое условие. Другое дело, если условия договора явно несправедливы. Здесь вмешательство суда в ряде случаев может быть действительно оправданным.

Принцип свободы договора охватывает не только свободу его заключения, но и свободу его изменения и расторжения. Стороны договора – его хозяева, а потому могут изменять его по своему совместному усмотрению или расторгнуть его. Совершенно недопустимым поэтому, в частности, является законодательное ограничение свободы последующего изменения договора без достаточных конституционных оснований. Но иногда закон пытается без подобных оснований ограничить действие данного принципа. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 5 Закона об участии в долевом строительстве по соглашению сторон цена договора может быть изменена после его заключения, если договором предусмотрены возможности изменения цены, случаи и условия ее изменения. Эта норма противоречит принципам свободы договора и автономии воли сторон, а также Конституции РФ и не должна применяться судами.

Остается лишь отметить, что свобода договора предполагает автономии лиц вступать в договорные отношения друг с другом на согласуемых ими условиях и обязанность государства воздерживаться от не оправданных серьезными конституционными причинами ограничений такой свободы. Но требование неукоснительно соблюдать достигнутые договоренности и право на судебную защиту договорных притязаний вытекают из других, также упомянутых в комментируемом пункте принципов гражданского права – судебной защиты частных прав и возможности восстановления нарушенного права. Соответственно, когда суд расторгает договор в связи с существенным изменением обстоятельств по иску одной из сторон, он не ограничивает свободу договора, а ограничивает действие принципа священности договорных обязательств. То же касается и механизма списания долга по результатам банкротства гражданина. И наоборот, взыскание договорного долга по суду или защита прав кредитора путем взыскания убытков

при нарушении должником обязательства являются воплощением не идеи свободы договора, а той же идеи судебной защиты договорных прав. На следующий день после заключения договора автономия воли и свобода сторон превращаются в несвободу от его условий и потенциальное принуждение к соблюдению договора. В большинстве случаев свобода договора и судебная защита договорных прав идут рука об руку, и поэтому данные феномены нередко смешивают. Но в ряде случаев мы имеем ситуации, когда они принципиально расходятся, что позволяет нам увидеть различия между ними. Так, вполне возможны ситуации, когда право признает свободу сторон вступать в договоры определенного вида и признает правовой эффект таких договоров в случае их добровольного исполнения, но отказывается придавать договорным правам судебную защиту (например, соглашения об участии в игре или пари).

### ***1.8. Недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела***

Насколько человек социален, настолько же он индивидуалистичен. Человек создает собственный мир, стремясь ограничить доступ к нему других. Это все та же естественная, эволюционная черта всего живого, стремящегося к безопасности. В некоторой степени мы все склонны закрыться от внешнего мира. В области имущественных интересов человек также создает свою территорию: дом или иное место обитания; разные личные вещи; общие имущественные отношения с определенным кругом людей, а не со всяким. Как уже указывалось, весь этот имущественный мир в известном смысле сливается с личностью, становится ее частью.

Человек, его права и свободы являются высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ). Коль скоро правопорядок должен уважать личность, он должен уважать и ее приватность, ее частную и в том числе имущественную сферу. В таком положении вещей заинтересовано все общество, потому что уважение приватности одного означает уважение приватности всех, что следует из принципа равенства. Нормативно принцип невмешательства в частные дела есть проявление конституционной нормы. В соответствии со ст. 23 Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ч. 1); каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а ограничение этого права допускается только на основании судебного решения (ч. 2). Кроме того, в силу ст. 22 Конституции РФ каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность.

Принцип невмешательства, образно говоря, представляет собой своего рода щит, который защищает всякого человека и всех других субъектов гражданского права от посягательства в отношении их приватности; действие этого принципа как бы сохраняет имеющееся положение вещей, не дает другим вторгнуться и нарушить частное дело. Принцип невмешательства — скорее запрет, чем управомочие. Этим он отчасти отличается от другого принципа — беспрепятственного осуществления гражданских прав, который, скорее, направлен на движение права, а не на сохранение имеющегося частного дела. Принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав, скорее, управомочие для обладателя прав. Хотя различие между двумя указанными принципами достаточно условно, их совокупность представляет собой «две стороны одной медали». Принцип невмешательства позволяет беспрепятственно осуществлять права, а беспрепятственное осуществление права означает невмешательство, так как вмешательство — это тоже препятствие. Если несколько упростить взгляд на запрет и управомочие, можно усмотреть, что запрет для одного или всех очерчивает границы права другого, и наоборот, границы права одного обозначают запрет для других.

В терминологии комментируемого принципа можно усмотреть переключку с *res privata* — частным делом, частной вещью. Комментируемый принцип использует термин «частное дело», который подлежит самому широкому толкованию. Едва ли, например, понятие «одежда» охватывается понятием «дело». Однако оно вполне себе охватывается понятием «*res*» в значении вещи, а не дела. Как бы то ни было, ясно, например, что никто не вправе произвольно срывать с другого одежду, хотя бы она и не очень сочеталась с понятием частного дела, или заставлять человека носить ту одежду, которая ему не по вкусу. Таким образом, под понятие «частное дело» подпадает все приватное: прежде всего сама личность, тайна переписки, другие личные права (например, право на изображение); вещи, в том числе, кстати, и не собственные, а, например, наемные; имущественные и связанные с ними неимущественные права; правомерные ожидания и другие выгоды и т.д. и т.п. Объектом охраны гражданского права тем самым выступает собственно приватность — частная сфера лица, его имущественные и неимущественные права, законные интересы. Ничто из этого не подлежит произвольному вмешательству.

Понятие вмешательства также подлежит раскрытию. ГК РФ употребляет термин «вмешательство» в контексте вмешательства в деятельность (п. 1 ст. 715, п. 1, 3 ст. 748 ГК РФ), причем только в рамках регулирования подрядных отношений. Такое узкое толкование для

принципа невмешательства в частные дела не подходит. Вмешательство также следует понимать в самом широком смысле: это деяние, нарушающее приватность. Причинение вреда жизни и здоровью личности, ограничение ее свободы, нарушение (как всякое умаление, включая ограничение) других личных прав, имущественных и неимущественных прав – все такие произвольные действия не допускаются.

Надо заметить, что в каких-то случаях даже минимальное действие может рассматриваться как вмешательство: например, один лишь взгляд может быть квалифицирован как произвольное вмешательство в частное дело, если это, допустим, взгляд на обнаженную натуру при отсутствии на то согласия или на охраняемый секрет производства (ноу-хау).

Может ли бездействие квалифицироваться в качестве произвольного вмешательства в частные дела? Когда лицо обязано действовать в силу закона, обычая, условий сделки и сделать что-то для другого или в отношении другого, бездействие неправомерно и может представлять собой нарушение договора или деликт, но вряд ли это требование вытекает из принципа невмешательства в чужие дела. Здесь в силу права или условий сделки одно лицо может быть, наоборот, обязано вмешаться в чужие дела и будет нести ответственность за невмешательство.

Буквальное толкование комментируемого принципа свидетельствует, что он запрещает лишь произвольное вмешательство, но не всякое вмешательство. В ряде случаев вмешательство в чужие дела допускают закон, обычай или условия сделки. Когда такое вмешательство происходит в силу закона, требуется соблюдение баланса конституционных прав и интересов, соизмерение данного важнейшего принципа с иными принципами права (в том числе конституционными).

ГК РФ не раскрывает понятие «произвольное вмешательство»; оно единожды используется в комментируемой статье. Произвольным следует считать всякое вмешательство в чужие дела, которое не разрешено законом, обычаем или договором. Произвольное вмешательство – действие либо незаконное, либо хотя формально и законное, но недобросовестное. Всякие такие деяния будут нарушать принцип невмешательства в частные дела.

Использование законодателем термина «произвольное» вместо возможных терминов «незаконное» и «недобросовестное» (ср. с терминологией п. 4 комментируемой статьи), видимо, не случайно. Произвольное вмешательство шире, чем незаконное и недобросовестное, поскольку позволяет охватить и недолжное вмешательство в форме неконституционного закона или неправоудного акта суда. Недопустимость именно произвольного деяния является характерным тер-

минологическим приемом в международных договорах, в том числе в области частного права (см., например, п. 1 ст. 16 Конвенции о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 г.); п. 5 ст. 12 Конвенции ООН о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 г.); ст. 14 Международной конвенции ООН о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (Нью-Йорк, 18 декабря 1990 г.)).

Принцип невмешательства устанавливает соответствующий запрет в отношении всех и каждого, поскольку говорит о недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Ни гражданину, ни юридическому лицу не позволено произвольное вмешательство в частные дела. Но если частные лица имеют меньше фактических возможностей для такого вмешательства (*par in parem non habet imperium*), то частное лицо в отношениях с государством оказывается более уязвимым, поскольку, в отличие от государства, у него нет власти ни над другими частными людьми, ни тем более над государством.

Наоборот, государство, обладая властными полномочиями, зачастую злоупотребляет ими и вместо служения обществу допускает произвольное вмешательство в частные дела. Форма этого вмешательства может быть различной: это неконституционный закон или иной нормативный акт; это незаконный индивидуальный административный акт или действие (бездействие), в том числе с превышением полномочий; это незаконное судебное решение. Все такие негативные проявления должны пресекаться действием правопорядка с целью приведения деятельности всех государственных органов в соответствие с принципом невмешательства. Повышенный риск нарушения принципа невмешательства государством учитывается законодательством. Не случайно ответственность государства выделяется и устанавливается отдельными нормами, а также снабжается специальными способами защиты: признанием недействительным акта государственного и муниципального органов; неприменением судом их актов, противоречащих закону (ст. 12, 13 ГК РФ); возмещением убытков, причиненных указанными органами (ст. 16 ГК РФ); компенсацией вреда, причиненного правомерными действиями данных органов (ст. 16.1 ГК РФ), и др.

Произвольное вмешательство в частные дела может являться гражданско-правовым нарушением. Следовательно, и ответственность наступает за такое деяние согласно общим положениям об ответственности в гражданском праве. Наличие личной заинтересованности в нарушении данного принципа для наступления ответственности необязательно. Иными словами, принцип невмешательства может быть нарушен по неосторожности. Если гражданин нарушает принцип

невмешательства вследствие случая, т.е. при отсутствии вины, привлечение его к ответственности не имеет оснований. Для потерпевшего этот случай охватывается риском, который он несет сам, претерпевая невыгодные последствия случая.

Нарушение принципа невмешательства, конечно, проявляется наиболее остро в отношении личных прав, поскольку их нарушение зачастую нельзя восполнить натуральным образом, а претерпевание нарушения имеет зачастую большую эмоциональную окраску, чем при нарушении имущественных прав. Не случайно поэтому, что те редкие примеры применения комментируемого принципа в судебной практике, как правило, включают в себя именно охрану личных прав. Но, естественно, действие рассматриваемого принципа распространяется и на сферу частных дел юридических лиц. Например, в силу принципа невмешательства государство не может и не должно беспричинно вторгаться в сферу частной деятельности корпораций и иных частных юридических лиц (как коммерческих, так и некоммерческих). Так, например, как считает ВАС РФ, защита деловой репутации юридического лица основывается именно на принципе невмешательства: никто (ни другой участник оборота, ни государственный орган) не вправе посягать на деловую репутацию юридического лица (постановления Президиума ВАС РФ от 23 ноября 2010 г. № 6763/10, от 17 июля 2012 г. № 17528/11).

Закон может в ряде случаев ограничивать действие данного принципа и легализовывать вмешательство государственных органов и третьих лиц в частные дела тех или иных индивидов и юридических лиц, но каждый такой шаг должен быть убедительно обоснован в рамках балансирования и соизмерения различных конституционных ценностей и политико-правовых соображений.

Применительно к некоторым личным правам балансирование конституционных и политико-правовых интересов и ценностей практически во всех случаях исключит допустимость вмешательства в чужие дела. Например, жизнь человека должна охраняться абсолютно. Вмешательство (если этот термин уместен применительно к жизни человека) в жизнь человека путем причинения ему смерти практически во всех случаях недопустимо. Исключения должны быть единичны и предопределены очень весомыми конституционными соображениями защиты жизни других людей, территориальной целостности и национальной безопасности (причинение смерти в рамках оправданной необходимой обороны, применение сотрудниками правоохранительных органов оружия в отношении преступника, создающего прямую и явную угрозу жизни других людей, право военнослужащего

на причинение смерти противнику в рамках официальных военных действий и др.). Например, если действия террориста грозят гибели людей, особенно многих людей, правопорядок вынужден смириться с лишением жизни террориста во имя сохранения жизни ни в чем не повинных людей. Если бы развитие техники позволяло с той же вероятностью остановить теракт без лишения его жизни, то можно было бы отказаться от этого и подобных исключений во имя абсолютной защиты права на жизнь. Уже имеющиеся у человечества технические средства должны использоваться всегда вместо лишения жизни, когда они позволяют защитить то большее социальное благо, которым принято оправдывать убийство. Во всех указанных случаях легализация причинения смерти имеет место в условиях экстремальных, чрезвычайных ситуаций. Но этого нельзя сказать о смертной казни. Переход от моратория на смертную казнь к ее полной и окончательной отмене — тот необходимый шаг, который должно сделать наше общество, приведя действие принципа невмешательства к абсолютно справедливому стандарту.

Конституционность ограничения принципа невмешательства в контексте иных личных прав может допускаться чаще. Чем менее значимо личное право, тем чаще балансирование конституционных ценностей может приводить к выводу о допустимости его ограничения, и наоборот. Вернувшись к примеру с одеждой, следует признать, что имеются еще такие места, где человек не вправе носить ту одежду, которую он хочет носить, например армия, определенные виды (отделения) лечебных учреждений, места лишения свободы. При этом несогласие с этим ограничением частного дела (а ношение определенной одежды есть, безусловно, дело частное) может не только привести к некоторым стеснениям личной свободы (ограничение присутствия в определенном месте, например в больнице), но и к применению насилия к человеку (например, в вооруженных силах для определенного личного состава или в местах лишения свободы), которое, конечно, квалифицируется как вмешательство в частное дело, но не является в силу законно установленного нормативного регулирования произвольным вмешательством. Политико-правовое обоснование для такого правомерного вмешательства в частное дело — это опять же публичный порядок или общественный интерес, общая польза (необязательно имущественная). Ясно, что требование к ношению военной формы соответствующего образца в определенных случаях связано с боеготовностью армии, а от последней зависит безопасность всего общества. Поэтому ограничение права свободно носить любую одежду, например, в боевом подразделении оправданно.



Что касается не столь тесно связанных с личностью имущественных интересов в отношении частного дела, то здесь случаи допустимо-го вмешательства встречаются чаще. Более того, можно наблюдать все большее и большее увеличение случаев вмешательства в частные дела, предусмотренных законом. Естественно, обосновывается это публичным порядком вообще и безопасностью разного рода в частности. Данная тенденция вызывает настороженность и даже тревогу, поскольку такое вмешательство далеко не всегда является соразмерным и пропорциональным, а иногда и не выглядит логичным. Так, например, законодательство по борьбе с отмыыванием денежных средств и борьбе с терроризмом предписывает банкам отказать лицу, в отношении которого лишь ведется расследование по обвинению в ряде преступлений и еще не вынесен приговор, в открытии банковского счета, *volens nolens* отправляя таких лиц в тень наличных расчетов, что в контексте современных реалий почти тотального вытеснения всех легальных финансовых потоков в безналичную плоскость просто лишает человека, чья вина еще не установлена, базового права на нормальную жизнь. Сколько потенциальных террористов было остановлено в их преступных намерениях таким образом, неизвестно, а стремительное разрастание числа вполне законопослушных граждан, столкнувшихся с этим, у всех на слуху. Подобный подход имеет признаки нарушения принципов соразмерности и пропорциональности устанавливаемых ограничений, что вообще признается недопустимым (Постановление КС РФ от 3 июля 2001 г. № 10-П), однако приведенное законодательство так и не стало пока предметом критики нашего КС РФ, хотя оно явно того заслуживает. Ведь куда разумнее было бы открыть счет такому «подозреваемому террористу», на основании решения суда применить соответствующие обеспечительные меры и обратиться взыскание на такие средства при наличии к тому законных оснований.

Подводя итог, следует считать, что личные и имущественные права и законные интересы, которые охвачены понятием «частное дело», по общему правилу не подлежат, за редкими исключениями, никакому вмешательству, произвольному или непроизвольному. Отдельные ограничения могут быть обусловлены лишь более весомыми конституционными ценностями и принципами права.

### ***1.9. Беспрепятственное осуществление гражданских прав***

Удовлетворение потребностей людей наступает вследствие осуществления гражданского права: распоряжения и пользования вещью; уступки права или получения исполнения по обязательству; получения дивидендов по акциям; выплаты роялти от использования исключительного права; возмещения вреда; возврата неосновательного обога-

шения и т.д. Отсюда очевидно: чтобы субъективное гражданское право достигало своих целей, необходимо обеспечить его осуществление.

Субъективное гражданское право идеально и само по себе не может удовлетворять потребности человека, если не считать позитивных эмоций от одного только осознания наличия права, которые, наверное, могут возникать у некоторых людей. Однако содержание гражданских прав служит удовлетворению каких-либо социальных, экономических и культурных потребностей.

Если само право идеально, то его осуществление (реализация), как правило, отражается в мире реальных фактов. Реализация некоторых прав, например обязательственных притязаний (уплата долга), влечет перемещение имущественных благ от одного лица к другому. Получается, что мир идеального воздействует на материальный мир, и наоборот. Термин «реализация права» в чем-то даже лучше отражает указанный аспект, поскольку выдвигает атрибут вещественности — мира материального (реализация — от лат. *realis* — «вещественный»). Как уже отмечалось, единственный проводник между двумя мирами (идеальным и материальным) — человек. Последний способен существовать и действовать как в одном, так и в другом мире. Поскольку удовлетворение потребностей требует фактического состояния или действия, то осуществление права могут обеспечить только деяния людей. Пользование собственником вещью, например, не встречает препятствий, пока другие люди соблюдают установленный запрет не нарушать прав и законных интересов собственника. Право кредитора не встречает препятствий, когда должник надлежаще совершает задолженное действие в пользу кредитора. Реализация права оказывается беспрепятственной, и принцип соблюдается, потребности оказываются удовлетворенными, цели гражданского права — достигнутыми.

В широком смысле препятствия для осуществления права могут возникать как в связи с действиями людей, так и без таковой связи. Например, действие сил природы может вызвать препятствие в осуществлении того или иного права (например, вследствие наводнения собственник не может пользоваться своей вещью) и даже повлечь прекращение права (гибель вещи). Однако принцип необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав прежде всего адресован не силам природы, а людям. Вместе с тем ясно, что, если правообладатель сталкивается с фактическим препятствием, в том числе природного свойства, он вправе устранить его, если только это не затрагивает прав и законных интересов других лиц. Это правомочие правообладателя входит в содержание его субъективного права. Если, например, упавшее дерево перегородило собственнику проход на зе-

мельный участок или вход в помещение, он вправе его отодвинуть, хотя бы он и не был собственником дерева.

Препятствие в осуществлении гражданского права может возникнуть в лице обязанного субъекта, в лице управомоченного субъекта, а также в лице тех, кто не является стороной правоотношения. Если препятствие для осуществления собственного права возникает вследствие действий его же обладателя, комментируемый принцип, как правило, не затрагивается. Такое препятствие другого рода, и правопорядку не следует особо заботиться об этом. В этом нет большой необходимости, поскольку обладатель права, как правило, сам может об этом позаботиться. Принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав предоставляет их обладателю соответствующие фактические и правовые возможности, но если правообладатель не желает ими воспользоваться и даже больше — сам создает препятствия для реализации своих прав, то это его частное дело. Например, пропуск исковой давности может создать препятствие в осуществлении права, поскольку его судебная защита ослабляется возможным возражением о давности обязанного лица. Здесь нет нарушения комментируемого принципа, а есть небрежение собственным правом или претерпевание риска тех или иных неудачно сложившихся для обладателя права обстоятельств. Тем не менее в ограниченных пределах иногда правопорядок и в подобных случаях приходит на помощь обладателю права, усматривая здесь необходимость соблюдения принципа справедливости (например, восстановление пропущенной исковой давности).

В основном же принцип свободы в осуществлении прав предполагает запрет на формирование препятствий в осуществлении частных прав со стороны третьих лиц и необходимость обязанных лиц соблюдать чужие права.

Подобные препятствия, чинимые другими людьми, следует квалифицировать как гражданские правонарушения. Следовательно, нарушение комментируемого принципа гражданского права влечет наступление ответственности. Условия этой ответственности определяются в зависимости от характера нарушенного права, т.е. они специализированы. Таким образом, принцип необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав является причиной для возникновения и действия института ответственности в гражданском праве.

Нарушить принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав может любое лицо. Однако, как и во многих других случаях, государство, обладая властными полномочиями, в числе потенциальных нарушителей занимает особое место. Это, в частности, заключа-

ется в принятии государственным органом того или иного правового акта, который в принципе недоступен в качестве формы воздействия на других лиц частным субъектам. Судебная практика чаще всего констатирует нарушение государством других принципов гражданского права, нежели комментируемый принцип. Но такие случаи встречаются. Так, нарушение принципа беспрепятственного осуществления гражданских прав изданием правового акта было констатировано для случая компенсации транспортным организациям выпадающих доходов при реализации предоставленных населению льгот по проезду на транспорте. В одном деле суд установил, что согласно соответствующему правовому акту понесенные транспортными предприятиями расходы могут быть подтверждены лишь теми документами, перечень и форма которых определены в установленном данным актом порядке. В связи с этим суд заключил, что изложенное по существу означает нарушение установленного п. 1 ст. 1 ГК РФ принципа необходимости беспрепятственного осуществления участником гражданского оборота принадлежащих ему гражданских прав, лишая последнего возможности подтверждения понесенных им расходов любыми не запрещенными законом способами и их полного возмещения (Определение СКГД ВС РФ от 9 марта 2005 г. № 66-Г05-1).

В вещном праве, пожалуй, наиболее иллюстративным случаем нарушения беспрепятственного осуществления гражданского права выступает пример нарушения прав собственника по осуществлению правомочия на пользование имуществом. Собственник удовлетворяет свои потребности главным образом посредством извлечения полезных свойств вещи; когда он встречает на своем пути незаконное препятствие — нарушается принцип беспрепятственного осуществления права собственности.

В обязательственном праве осуществление права кредитора заключается в совершении должником задолженного действия. Следовательно, когда должник не совершает такое действие или совершает его ненадлежащим образом, нарушается принцип беспрепятственного осуществления обязательственного права. В арендных отношениях, например, судебная практика усматривает нарушение принципа беспрепятственного осуществления права в случае непредоставления объекта аренды арендатору. Поскольку арендодатель в момент невозможности использования арендованного имущества по не зависящим от арендатора обстоятельствам не осуществляет какого-либо предоставления, соответственно, он теряет право на получение арендной платы. В таком случае тоже нарушается принцип гражданского права о беспрепятственном осуществлении гражданских прав (п. 1 ст. 1 ГК РФ), поскольку

отсутствие объекта аренды препятствует осуществлению прав арендатора (Определение СКГД ВС РФ от 29 января 2015 г. № 302-ЭС14-735).

Но нередко возможность осуществления обязательственного права блокируется в результате действий третьих лиц, которые вторгаются в чужие обязательственные отношения и препятствуют должнику исполнить свое обязательство или мешают кредитору свое право требования осуществить. В некоторых подобных случаях право защищает кредитора, давая ему возможность взыскания убытков посредством деликтного иска, но здесь мы оказываемся в достаточно спорной области деликтного права, которую принято обозначать взысканием чистых экономических убытков (см. о них комментарий к п. 1 ст. 15 ГК РФ).

Если реализация гражданского права встречает на своем пути препятствия, то удовлетворение потребностей отодвигается или оказывается неполным по содержанию. Для реализации гражданского права правопорядок устанавливает специальные юридические средства. Последние делятся на регулятивные и охранительные. В рамках регулятивных средств устанавливаются управомочия, т.е. границы и условия осуществления гражданских прав. Регулятивные средства также устанавливают запреты и предписания, т.е. веления правопорядка в отношении должного поведения соответствующих лиц (долженствования). Надлежащее соблюдение этих правил ведет к реализации гражданского права — его цель достигается. Нарушение долженствований влечет возникновение дополнительного правового отношения — охранительного (например, взыскание убытков).

Препятствия в осуществлении гражданского права могут быть не только субъективными, но и институциональными. Если препятствие обнаруживается в действии человека или группы лиц, то перед нами субъективное препятствие: его оказывают конкретные субъекты, нарушая субъективное гражданское право его обладателя. Однако качество препятствия в осуществлении гражданских прав можно усмотреть и в другом социальном явлении — это препятствие системное (институциональное), которое обнаруживается в общественном устройстве и социальных практиках: несовершенство законодательства, неэффективная организация осуществления гражданских прав не конкретного лица, а вообще всех обладателей гражданских прав или их отдельных видов. Следует признать, что принцип необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав распространяется и на такие явления. Веление этого принципа, таким образом, направлено законодателю, правоприменителю, управленческим и другим социальным институтам общества в том числе, но не только в области юстиции.

Следовательно, вся деятельность этих лиц и институтов должна быть подчинена комментируемому принципу.

### ***1.10. Обеспечение восстановления нарушенных прав***

Выражение «восстановление нарушенных прав» не следует понимать буквально. Дело в том, что право является феноменом идеальным, поэтому его нарушение (если только субъективное право в связи с нарушением не прекратилось, как то имеет место в случае уничтожения вещи собственника в результате действий третьих лиц) самому праву не вредит. Так, например, собственник, лишившийся владения, по-прежнему остается собственником, а его право ничуть не становится меньше или слабее. Другое дело, что фактическое положение дел таково, что реализация данного права оказывается невозможной или более затруднительной. Равным образом кредитор в обязательстве, чье право нарушено должником, например, не совершившим обязанного действия, в большинстве случаев продолжает оставаться кредитором и по-прежнему вправе требовать от должника совершения соответствующего действия. Напротив, нарушение права кредитора влечет возникновение правоохранительного отношения, и у кредитора возникают новые права, которых он ранее не имел, например право потребовать возмещения убытков за просрочку или уплаты причитающейся неустойки.

Наиболее эффективной правовой системой является такая система, которая обеспечивает условия, при которых нарушение права в принципе весьма затруднительно. Иными словами, лучше предотвратить нарушение права, нежели искать пути для его восстановления. Правопорядок должен создавать для этого необходимые нормативные и организационные условия. Эти приемы хорошо известны и некоторые из них уже неплохо зарекомендовали свою эффективность: государственная и иная регистрация (учет) прав; нотариальное оформление сделок и иных действий; технические, в том числе криптографические, способы защиты прав; специальные способы обеспечения или подобные им гарантии соблюдения права, например аккредитив, эскроу и подобные договоры, титульные обеспечительные меры и т.д. и т.п. Конечно, защита прав от нарушения может и должна осуществляться и техническими средствами, которые могут оказаться значительно эффективнее, чем правовые способы восстановления нарушенного права, и они доступны большинству участников гражданского оборота. Например, все собственники так или иначе защищают свою собственность не только правовыми средствами, но и техническими. Здесь правопорядок требует, чтобы такая защита не угрожала правам других лиц. Например, считается недопустимым использовать такие техниче-

ские и иные средства защиты собственности, которые могут привести к гибели людей, хотя бы и посягнувших на чужую собственность.

Превенция нарушения гражданских прав выражается также в защите такого законного интереса, который как раз связан с потребностью не допустить нарушения. В качестве общего способа защиты данного интереса ст. 12 ГК РФ предусматривает пресечение действий, создающих угрозу нарушения права. Особенно важным является превенция в охране личных прав, поэтому закон предусматривает пресечение или запрещение действий, создающих угрозу нарушения личного неимущественного права либо создающих угрозу посягательства на нематериальное благо (п. 2 ст. 150 ГК РФ). В деликтном праве ярким примером выступает ст. 1065 ГК РФ о предупреждении причинения вреда. Имеются такие примеры и в договорном праве, в частности пресечение действий в случае возникновения реальной угрозы нарушения негативного обязательства (п. 6 ст. 393 ГК РФ) или пресечение внесудебного обращения взыскания на предмет залога, если имеется существенный риск нарушения прав залогодателя (п. 3 ст. 350.1 ГК РФ). В наследственном праве суд может освободить исполнителя завещания от его обязанностей, если его действия еще не нарушают, но уже представляют собой угрозу нарушения охраняемых законом интересов наследников (п. 2 ст. 1134 ГК РФ). Исключительное право подлежит защите не только при его нарушении, но также и для пресечения действий, создающих угрозу нарушения такого права (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Как видно, в этих случаях право еще не нарушено, но оно уже может быть защищено таким образом, чтобы избежать его нарушения.

В судебной практике имеются примеры, когда иск, направленный среди прочего и на превенцию нарушения, удовлетворяется в том числе на основании принципа восстановления права. Так, например, поступил суд при рассмотрении иска о возложении на ответчика обязанности привести в соответствие с установленными требованиями ограждение всей территории строительной площадки, установив специальный защитный козырек, а также оградительную сетку (Определение СКГД ВС РФ от 6 июня 2017 г. № 18-КГ17-49). Впрочем, вряд ли такой иск можно вывести напрямую из идеи восстановления нарушенного права.

Для культурного человека уважение чужих прав, в том числе гражданских, не требует особенных усилий. Иных сдерживает опасность претерпеть негативные последствия в случае нарушения чужого права. Остальные нарушают чужие права, поэтому гражданское право нуждается не только в специальных юридических средствах охраны и защиты прав, но и в принципе, который может быть положен в основу этих

юридических средств. Если ненарушенное право есть необходимая нормальность, то сама жизнь подсказывает, что в случае его нарушения требуется привести положение вещей в то состояние, в котором оно пребывало до нарушения (*restitutio in integrum*). Именно поэтому базовым принципом гражданского права является обеспечение восстановления нарушенного права. В ст. 12 ГК РФ среди других способов защиты гражданских прав назван и такой: восстановление положения, существовавшего до нарушения права.

Принцип восстановления нарушенных гражданских прав является реализацией принципа более высокого порядка – конституционного принципа. Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Правопорядок обеспечивает восстановление нарушенного права в двух формах: собственными действиями управомоченного и в юрисдикционной форме.

Согласно ст. 14 ГК РФ самозащита гражданских прав допускается. При этом способы самозащиты должны: 1) быть соразмерными нарушению и 2) не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения. Собственные действия по восстановлению нарушенного права имеют определенные границы, которые обозначаются недопустимостью самоуправства, являющегося уголовным преступлением (ст. 330 УК РФ), и, конечно, принципом добросовестности. Например, собственник имущества, уже лишившийся владения, не вправе возвратить его себе насильственным образом. В то же время при наличии покушения на правомочие владения, когда собственник является лишенным его кратковременно (в моменте), он вправе восстановить свое право самостоятельно с соблюдением правил о необходимой обороне (ст. 1066 ГК РФ).

Юрисдикционная форма восстановления нарушенного права охватывает судебный и в предусмотренных законом случаях административный (ст. 11 ГК РФ) или квазиадминистративный (например, институт финансового омбудсмена) порядок. Последний, хотя и не обозначен в ГК РФ буквально, не противоречит ему и предусматривается специальными законами (например, Законом об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг). При этом финансовый уполномоченный не имеет компетенции по принудительному исполнению своих решений.

Восстановление нарушенного права можно понимать двояко: как широко, так и узко, причем оба понимания логически допустимы, не противоречат правовой политике и вписываются в позитивное право.



Широкое понимание вынужденно базируется на том, что не во всяком случае восстановление положения, существовавшего до нарушения права, в принципе возможно. Некоторые права, будучи нарушенными, не могут быть восстановлены, например право собственности на погибшую уникальную вещь, нарушенное личное право на жизнь, а в некоторых случаях и на здоровье или право на честь, достоинство и деловую репутацию. В этих и подобных случаях правопорядок стремится лишь компенсировать негативные последствия нарушения права имущественным образом, как правило, в деньгах: возмещение убытков, компенсация морального вреда. Причем для имущественных прав здесь еще можно говорить о восстановлении нарушенного права в стоимостном выражении в том смысле, что объем имущества правообладателя должен оказаться не меньшим, чем до нарушения. Согласно принципу полного возмещения убытков (п. 1 ст. 15 ГК РФ), в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы его право не было нарушено. Для некоторых личных прав принцип полного возмещения убытков неприменим, поскольку личные права не имеют ни цены, ни стоимости. Именно поэтому даже терминологически здесь законодатель использует понятие компенсации. Размер последней определяется исходя из различных обстоятельств, смотря по характеру нарушенного права, степени его нарушения, личности правообладателя и др.

Широкое понимание принципа восстановления нарушенного права позволяет охватить нарушение не только гражданских прав, но и законных интересов. Например, право на оспаривание той или иной сделки обычно предоставляется управомоченному субъекту ввиду наличия у него такого имущественного интереса, который признается законом и потому подлежит защите.

Узкое понимание сводится к восстановлению нарушенного права таким образом, чтобы правообладатель получил именно то благо, на которое был управомочен. Одним из наиболее ярких примеров является присуждение к исполнению обязанности в натуре (п. 1 ст. 308.3 ГК РФ), в том числе отобрание задолженной вещи (ст. 398 ГК РФ). Надо заметить, что даже в этих случаях полного восстановления нарушенного права не происходит, поскольку присуждение, как правило, будет соединено с просрочкой должника, а наличие просрочки уже говорит о нарушенном праве. Конечно, нарушенное право в части просрочки также может быть компенсировано возмещением убытков и (или) присуждением причитающейся неустойки.

Изложенное позволяет заключить, что абсолютное восстановление нарушенного права, как правило, невозможно, поэтому данный

принцип не следует понимать буквально. Главное, что он провозглашает, — это максимальное возмещение управомоченному тех выгод и обеспечение тех интересов, на которые он имел право.

Общепринятым считается понимание гражданско-правовой ответственности как компенсаторного механизма, который не преследует цели покарать нарушителя и обогатить сверх меры обладателя нарушенного права. Вместе с тем исключения известны, и наиболее ярким примером здесь является штрафная неустойка, которая может быть взыскана сверх возмещения убытков (п. 1 ст. 394 ГК РФ).

### ***1.11. Судебная защита гражданских прав***

Как уже отмечалось, восстановление нарушенного гражданского права в его широком понимании охватывает и его защиту, которая может осуществляться в различных формах. Одна и, пожалуй, основная форма юрисдикционной защиты права — это судебная форма. Защита нужна там, где есть нападение. Защита — это применение силы против силы. Если управомоченному лицу угрожает насилие, он мог бы противопоставить ему свою силу. Изначально так и был устроен мир людей, пока развитие общественных отношений не привело к возникновению института суда. В современном обществе допускается применение насилия в основном только государственными органами и только на основании закона. Самим гражданам применять насилие можно только в строго очерченных законом рамках (например, в контексте необходимой обороны). Поскольку государство должно быть подконтрольно обществу, а его органы и должностные лица обязаны служить общественной пользе, т.е. всему обществу, получается, что в идеальном мире насилие применяется к отдельному лицу по воле всего общества. Поскольку законы устанавливаются для учреждения справедливости, то применение государственными органами легитимного насилия в ответ на нарушение закона и прав других лиц необходимо для сохранения мира и справедливости в обществе.

Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). Всякое гражданское право по общему правилу (за рядом указанных в законе исключений вроде прав из игр и пари) подлежит судебной защите. Согласно п. 1 ст. 11 ГК РФ защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, арбитражный суд или третейский суд. Никто не может быть лишен права на суд. Любой закон, отменяющий право на суд без достаточных конституционных оснований, неконституционен.

Принцип судебной защиты права трудно переоценить, поскольку, сколь бы ни было совершенно материальное право, сколь бы искусно оно ни было проанализировано в доктрине, сколь бы ни были образо-

ванны юристы, все это не имеет практического значения, если право не защищается в суде. Право не достигает цели, если не имеет потенциала в суде.

Кроме того, принцип судебной защиты субъективного права влечет развитие права как социального феномена вообще. Ведь закон — это предположение законодателя о справедливости; его приложение к богатству всей человеческой жизни выявляет ошибочность или неточность этих предположений, равно как и пробельность закона, а суд приспособливает грубые формы закона к тонким и причудливым изгибам социальной ткани. Таким образом, закон — лишь бессловесная бледная тень права, которое оживает и получает истинный голос в судебном применении закона. Накопление судебной практики, ее анализ, в том числе и самим законодателем, а также всем юридическим сообществом, влечет бесконечный процесс развития права.

Буквально комментируемый принцип сформулирован только для защиты и только в отношении права. Между тем его следует понимать и применять более широко. Дело в том, что в суде права не только защищаются, но и устанавливаются, а также преобразуются. Кроме того, судебной защите подлежат в ряде случаев не только права, но и законные интересы, которые, строго говоря, субъективными правами не являются. Например, когда в суд передается спор о разделе общего имущества или о расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, суд осуществляет не защиту права, а реализацию охраняемого законом интереса.

Всякий суд — это область права, сфера юриспруденции. Однако не всякий искушен в юриспруденции. Поэтому с принципом судебной защиты прав связан другой конституционный принцип — гарантии квалифицированной юридической помощи (ч. 1 ст. 48 Конституции РФ). Нельзя сказать, что данный принцип нашел свое практическое воплощение в полной мере. Неимущие граждане стеснены в доступе к такой юридической помощи, поэтому вынуждены довольствоваться либо неквалифицированной помощью, либо вовсе обходиться без всякой помощи. Тем не менее даже в этих случаях принцип судебной защиты права остается непоколебленным, поскольку закон не требует обязательного профессионального представительства в суде, и граждане пока не лишены возможности защищать свои гражданские права лично, а организации в суде могут представлять лица, выполняющие функции их уполномоченных исполнительных органов. Ограничения в отношении статуса представителей, которым дозволяется выступать от имени сторон любого арбитражного спора или гражданского спора в суде общей юрисдикции (за исключением мировых и районных су-

дов), введенные в рамках ст. 61 АПК РФ и ст. 49 ГПК РФ, вызывают в этом плане сомнения.

Если право на суд неизбежно, поскольку не может быть отменено, то об ограничении этого права сказать то же самое нельзя. Одним из примеров такого ограничения является обязательный претензионный порядок, без соблюдения которого процесс не может получить своего движения в суде. Установление законом обязательного досудебного порядка, особенно широким фронтом, вызывает сомнения. Нагрузку на суды это на самом деле не снижает, а задержку в защите нарушенного права влечет. Стимулирование внесудебного разрешения спора на основании договоренности самих спорящих сторон и противодействие сутяжничеству предпочтительней организовывать иным образом — экономическим. Правопорядку следует предусмотреть такую систему регулирования, которая делала бы выгодным достижение досудебного соглашения и, напротив, невыгодным доведение дела до суда неправой стороной. Юридические приемы для этого известны, но применяются неэффективно или вовсе пока ограничены: это государственная пошлина и нюансированная система перераспределения судебных издержек, их справедливое возмещение правой стороне, судебные штрафы, коллективные иски, гонорар успеха, единообразие судебной практики, уменьшение коррупции и т.д.

Если ограничения права на судебную защиту законом известны практике, то договорное ограничение права на судебную защиту почти не распространено. Вообще, принятие на себя договорного обязательства не обращаться в суд на тех или иных условиях известно гражданскому праву давно под именем *pactum de non petendo*. Принцип свободы договора позволяет заключить такое соглашение. Другое дело, что он не лишает и не может лишить лицо распорядительной власти на обращение в суд. Последний не может отказать в рассмотрении дела по существу на том основании, что сторонами заключено *pactum de non petendo* (ч. 2 ст. 3 ГПК РФ, ч. 3 ст. 4 АПК РФ). Нарушение договора должно лишь повлечь ответственность его нарушителя или наступление иных последствий, предусмотренных договором. Поскольку такой договор ограничивает фундаментальное конституционное право лица, судебный контроль за справедливостью его условий, соблюдением принципа добросовестности, недопущением других антиправовых девиаций должен иметь повышенный стандарт в отношении подобного рода договоров.

Еще один феномен, который близок теме судебной защиты права, связан с пророгационными договорами, определяющими договорную подсудность спора, и соглашениями о рассмотрении споров в тре-

тейском суде. В этих случаях нет ни нарушения права на суд, ни даже его ограничения, поскольку соответствующее лицо, связанное таким соглашением, получает судебную защиту, но не на общих основаниях, а на особенных, согласно условию таких договоров. Такие соглашения подлежат соблюдению не только его сторонами, но и судом.

В соответствии с п. 2 ст. 11 ГК РФ защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Использование законодателем слова «лишь» явно показывает, что мы имеем дело с исключением из общего правила о судебной защите гражданских прав. Установление административного порядка защиты гражданских прав должно преследовать цель более эффективной их защиты. Кроме того, наличие административного порядка защиты не лишает права на судебную защиту, которая всего лишь меняет свою технику, но не существо. Согласно этой же норме решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде.

Помимо собственно административной защиты известна и ее квазиадминистративная форма: это институты омбудсмана, частного нотариата, некоторые элементы деятельности саморегулируемых организаций.

В любом случае обладатель гражданского права, чьи права не были защищены в ином (несудебном) порядке, не может быть лишен права на судебную защиту.

Семантически принцип судебной защиты гражданских прав может восприниматься как такое начало гражданского права, которое предоставляет лицу возможность защищать свое право соответствующим иском. Однако его следует понимать шире, поскольку он распространяется не только на истца, но и на ответчика и третьих лиц. Все они имеют законный интерес в отстаивании своих прав в суде (например, путем представления соответствующих возражений). Отсюда принцип судебной защиты гражданских прав означает необходимость соблюдения известной максимы — *audiatur et altera pars* (да будет выслушана и другая сторона). Право на справедливый суд имеет всякий субъект гражданского права, независимо от своей процессуальной позиции.

### **1.12. Иные принципы гражданского права**

В доктрине и отчасти в судебной практике к принципам гражданского права относят различные положения. О принципе автономии воли говорит п. 2 комментируемой статьи. О требованиях разумности, справедливости и добросовестности говорит п. 2 ст. 6 ГК РФ, делегируя судам право формировать правовые решения в сфере, не урегулированной позитивным правом, на основе данных требований. Как

представляется, есть все основания считать принцип справедливости, который часто признается судами (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 14 октября 2014 г. № 307-ЭС14-22), и тесно связанный с ним принцип добросовестности, закрепленный помимо п. 2 ст. 6 ГК в п. 3 ст. 1 ГК РФ, также в качестве основных начал гражданского законодательства.

Более того, справедливость как идея пронизывает все гражданское право и отражается в большинстве вышеуказанных принципов гражданского права. Она явно претендует на статус самого главного принципа гражданского права наряду с принципом автономии воли и формального правового равенства. Другое дело, что само понимание концепции справедливости (как и доброй совести) может вызывать жаркие споры, так как данный вопрос оказывается в центре неразрешимого конфликта ценностей и представлений о мире, о человеке и обществе, соотношении индивидуального и общественного. См. подробнее о данной проблематике комментарий к п. 3 ст. 1 ГК РФ.

Судебная практика нередко выводит из вышеуказанных общих принципов и их сочетания некоторые иные принципы гражданского права. Так, среди таковых иногда называется принцип полного возмещения убытков (вреда), который является частным проявлением общего принципа восстановления нарушенного права (Определение СКАД ВС РФ от 16 мая 2012 г. № 5-АПГ12-7; Постановление КС РФ от 5 марта 2019 г. № 14-П); принцип эквивалентности обмениваемых материальных благ, который является спорной эманацией принципа справедливости (Решение ВАС РФ от 12 февраля 2014 г. № ВАС-14127/13); принцип соразмерности гражданско-правовой ответственности, который является проявлением принципа корректирующей справедливости (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. № 16497/12; Определение СКЭС ВС РФ от 22 января 2018 г. № 309-ЭС17-13269). Более того, в гражданском праве действует и отражается и целый ряд общих конституционных принципов: принцип правовой определенности (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 марта 2009 г. № 13940/08; Определение СКЭС ВС РФ от 24 февраля 2015 г. № 305-ЭС14-1186); конституционный принцип свободы экономической деятельности, который в частном праве отражается в принципе невмешательства в чужие дела и принципе договорной свободы (Постановление КС РФ от 16 июля 2008 г. № 9-П); принцип соразмерности любых ограничений конституционных прав и мн. др.

Процесс открытия принципов права не остановить. Развитие правовой мысли, культуры и индуктивное обобщение позитивных источников права могут продуцировать формирование в науке и судебной

практике новых принципов гражданского права. Нельзя согласиться с тем, что ст. 1 ГК РФ содержит закрытый перечень основных принципов гражданского права.

### ***1.13. Примеры применения принципов гражданского права***

Далее приведем некоторые примеры применения принципов гражданского права в практике высших судебных инстанций.

#### ***(а) Навязывание услуг***

На основании отсылки к общим принципам гражданского права суды защищают частных лиц от навязывания им услуг. Пропуск транспортных средств через государственную границу осуществляется государством в лице компетентных государственных органов и не может быть обусловлен обязательным потреблением каких бы то ни было услуг частных лиц. В том случае, если частные лица оказывают в пунктах пропуска через государственную границу какие-либо услуги сопутствующего характера, эти услуги могут предоставляться только по воле лиц, которым они оказываются, в их интересе (п. 1 ст. 1 ГК РФ) и в соответствии с императивными нормами гражданского законодательства о возмездном оказании услуг (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 октября 2012 г. № 6272/12). В этом случае более уместной была бы ссылка на принцип автономии воли (п. 2 ст. 1 ГК РФ), содержание которого отражено в мотивах этой правовой позиции.

#### ***(б) Самозащита***

Общая ссылка на все принципы гражданского права используется при толковании ст. 14 ГК РФ о самозащите. Такая защита гражданских прав может выражаться в том числе в воздействии лица на свое собственное или находящееся в его законном владении имущество. Самозащита может заключаться также в воздействии на имущество правонарушителя в том случае, если она обладает признаками необходимой обороны (ст. 1066 ГК РФ) или совершена в состоянии крайней необходимости (ст. 1067 ГК РФ) (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). К этому следует добавить, что едва ли принципы гражданского права дают основания для ограничения действия названных деликтных статей только вредом, причиненным имуществу правонарушителя. Они охватывают также и вред, причиненный личности правонарушителя.

#### ***(в) Оспаривание нормативных актов***

Общая отсылка к принципам гражданского права позволяет судам признавать незаконными положения нормативных актов о ценообразовании, когда они приводят к необоснованному ограничению права регулируемых организаций на компенсацию в составе расходов обязательных платежей и налогов в сфере электроэнергетики (Решение

ВАС РФ от 2 августа 2013 г. № ВАС-6446/13); признавать незаконность осуществления государственного регулирования цен на питьевую и минерализованную воду органами государственной власти субъектов РФ (Определение СКГД ВС РФ от 19 апреля 2006 г. № 58-Г06-11), а также цен вообще (Определение СКГД ВС РФ от 6 июня 2003 г. № 51-Г03-18); при этом в других случаях суд использует не общую отсылку, а отсылку только к принципам свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав (Определение СКГД ВС РФ от 28 января 2004 г. № 7-Г03-15).

(г) *Способ защиты*

Общая отсылка к принципам гражданского права используется для обоснования свободы выбора способа защиты нарушенного права. ГК РФ – в соответствии с вытекающими из Конституции РФ основными началами гражданского законодательства (п. 1 ст. 1 ГК РФ) – не ограничивает сторону спора в выборе способа защиты нарушенного права и не ставит использование общих гражданско-правовых способов защиты в зависимость от наличия специальных, вещно-правовых способов; граждане и юридические лица в силу ст. 9 ГК РФ вправе осуществить этот выбор по своему усмотрению (Определение СКГД ВС РФ от 27 ноября 2018 г. № 78-КГ18-57). В отдельных случаях это суждение дополняется указанием на то, что принципы гражданского права не ставят использование общих гражданско-правовых способов защиты в зависимость от наличия специальных способов (Определение СКГД ВС РФ от 26 августа 2014 г. № 4-КГ14-16). Видимо, речь идет о принципе судебной защиты прав. Данные правовые позиции, взятые абстрактно, подлежат уточнению. Наличие общего способа защиты права может вытесняться для соответствующего спорного отношения специальным способом защиты по принципу *lex specialis derogat generali*. В противном случае могут возникать негативные последствия. Так, например, очевидно, что использование такого общего способа защиты, как восстановление нарушенного права, вместо предъявления виндикационного иска для целей обхода норм об исковой давности недопустимо. К тем же искажениям приводит предъявление негаторного иска, за которым скрывается интерес по возврату владения вещью, который защищается виндикационным иском. Также не должна допускаться защита обязательственного права вещным иском, равно как и наоборот. Поэтому представляется более точной другая правовая позиция. Способы защиты гражданских прав перечислены в ст. 12 ГК РФ. При этом ГК РФ в соответствии с вытекающими из Конституции РФ основными началами гражданского законодательства (п. 1



ст. 1 ГК РФ) не ограничивает гражданина в выборе способа защиты нарушенного права; граждане и юридические лица в силу ст. 9 ГК РФ осуществляют принадлежащие им гражданские права по своему усмотрению. В то же время способы защиты гражданских прав в ряде случаев predeterminedены правовыми нормами, регулирующими конкретные правоотношения (Определение СКГД ВС РФ от 10 октября 2017 г. № 56-КГ17-23).

*(д) Оспаривание ничтожной сделки*

Ссылка на принципы гражданского права в целом используется иногда при системном толковании некоторых положений ГК РФ. Так, например, обосновывается допустимость иска третьего лица (не стороны сделки) о признании недействительной сделки ничтожной (п. 78 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). При этом ссылка на принципы гражданского права используется во взаимосвязи с соответствующими ординарными нормами. Исходя из системного толкования п. 1 ст. 1, п. 3 ст. 166 и п. 2 ст. 168 ГК РФ, иск лица, не являющегося стороной ничтожной сделки, о применении последствий ее недействительности может также быть удовлетворен, если гражданским законодательством не установлен иной способ защиты права этого лица и его защита возможна лишь путем применения последствий недействительности ничтожной сделки (определения СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54; от 5 июля 2016 г. № 18-КГ16-63; от 13 июня 2017 г. № 301-ЭС16-20128).

*(е) Самовольная постройка*

Достаточно иллюстративно значимость принципов гражданского права проявлялась до того, как судебная защита гражданских не была поколеблена законодателем в ст. 222 ГК РФ. Решение о сносе постройки, принятое в административном порядке, согласно ранее озвученной позиции ВАС РФ, противоречило ст. 35 Конституции РФ, а также общим началам гражданского законодательства: ст. 222 ГК РФ не предусматривала административного порядка сноса самовольных построек, и ВАС РФ указал, что принудительный снос самовольной постройки может быть осуществлен только на основании решения суда, которым удовлетворен иск о сносе (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2010 г. № 143). Действующая редакция п. 4 ст. 222 ГК РФ допускает снос предполагаемой самовольной постройки в ряде случаев на основании административного, а не судебного решения.

*(ж) Снижение неустойки*

С опорой, в частности, на основополагающие начала (п. 1 ст. 1 ГК РФ) обосновывается ничтожность заранее установленных условий договора о неприменении или ограничении применения ст. 333 ГК РФ,

предусматривающей снижение явно несоразмерной неустойки (п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Равным образом с отсылкой к таким принципам, как обеспечение восстановления нарушенных прав и их судебной защиты, делается вывод об обоснованности неснижения третейским судом размера неустойки (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 марта 2007 г. № 15421/06).

*(з) Дискриминационный договор*

В некоторых случаях ссылка на принципы гражданского права служит основанием для утверждения о том, что права и свободы граждан Российской Федерации не могут быть ограничены путем заключения договора, который содержит условия дискриминационного характера, препятствующие реализации этих прав и свобод на всей территории Российской Федерации. Отсюда наряду с опорой на другие нормы законодательства признается недопустимым изымать из-под действия договоров страхования территорию отдельных публично-правовых образований (Определение СКГД ВС РФ от 3 февраля 2015 г. № 32-КГ14-17).

*(и) Процесс*

С помощью общей отсылки к принципам гражданского права суды иногда подкрепляют правовую позицию о процессуальных правах участников спора. Так, например, это позволяет прийти к суждению о том, что право определения предмета иска и способа защиты гражданских прав принадлежит только истцу, в связи с чем исходя из заявленных требований все иные формулировки и толкование данного требования судом, а не истцом означают фактически выход за пределы заявленного истцом к ответчику требования (определения СКГД ВС РФ от 16 февраля 2016 г. № 58-КГ15-31, от 5 апреля 2016 г. № 38-КГ16-1).

*(к) Экономическая деятельность*

Некоторую распространенность имеют споры, в которых оспариваются те или иные правовые положения, в том числе установленные в нормативных актах, которые регулируют определенную экономическую деятельность в различных хозяйственных отраслях. Судебная практика имеет примеры поддержки реализации принципов гражданского права, когда нормативные акты признаются соответствующими гражданско-правовым принципам, в основном принципу равенства и свободы договора. В то же время чрезвычайная нормативная зарегулированность свободы экономической деятельности, безусловно, является негативным фактором для гражданского оборота и развития экономики. Принципы гражданского права могли бы послужить сдерживающим фактором для избыточной и нецелесообразной ограничительной правовой политики, однако анализ судебной практики,

скорее, свидетельствует о том, что суды крайне редко прибегают к этой методологии.

Не противоречат принципам равенства и свободы договора положения нормативного акта, предусматривающие контроль состава и свойств сточных вод организацией, осуществляющей водоотведение. Этот акт не предоставляет никаких преимуществ участникам предпринимательской деятельности в сфере водоснабжения и водоотведения и не может рассматриваться как нарушающий антимонопольное законодательство, а также указанные принципы (Решение ВС РФ от 12 декабря 2018 г. № АКПИ18-1037).

Осуществление любительского и спортивного рыболовства на рыбопромысловых участках, предоставленных для организации указанного вида рыболовства, на основании договора об оказании услуг (путевки на добычу (вылов) водных биоресурсов) с пользователем рыбопромыслового участка не противоречит нормам гражданского законодательства и не нарушает принципы равенства участников регулируемых им отношений и свободы договора (решения ВС РФ от 11 августа 2009 г. № ГКПИ09-678, от 17 апреля 2012 г. № АКПИ12-220).

*(л) Равенство прав иностранцев и штрафная неустойка*

Гражданское законодательство исходит из принципа равенства прав и обязанностей российских и иностранных юридических и физических лиц и предусматривает в качестве возможной меры ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору взыскание штрафной неустойки. Следовательно, ее взыскание не может противоречить публичному порядку Российской Федерации (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 сентября 2006 г. № 5243/06).

*(м) Право хозяйственного ведения*

Собственник имущества унитарного предприятия не может распоряжаться опорами наружного освещения, принадлежащими на праве хозяйственного ведения этому предприятию. Данный вывод сделан в том числе со ссылкой на принципы признания равенства участников гражданских отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2014 г. № 766/14).

*(н) Негаторный иск*

С отсылкой к принципам необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты и на абзац третий ст. 12 ГК РФ делается суждение о том, что требования истца о возложении обя-

занности на ответчика привести в соответствие с установленными требованиями ограждение всей территории строительной площадки, установив специальный защитный козырек, а также оградительную сетку, направлены не на защиту прав неопределенного круга лиц и муниципального образования, а на защиту прав заявителя (Обзор судебной практики ВС РФ № 5 (2017), утвержденный Президиумом ВС РФ 27 декабря 2017 г.). Эта правовая позиция также может служить иллюстрацией того, что как все гражданское право, так и его принципы направлены прежде всего на защиту имущественных прав частного лица, отдельного субъекта гражданского права, а не всего общества непосредственно, чьи интересы защищаются разве что опосредованно, в качестве рефлексорного действия частного права.

*(о) Самовольная постройка*

Право третьего лица воспользоваться таким способом защиты, как иск о сносе самовольной постройки, обосновывается с опорой на принципы беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты. Суд полагает, что правом на обращение в суд с требованием о сносе самовольной постройки обладает не только собственник или иной законный владелец соответствующего земельного участка, но и лица, права и законные интересы которых нарушены сохранением постройки, а также граждане, жизни и здоровью которых угрожает ее сохранение (Определение СКГД ВС РФ от 26 февраля 2019 г. № 24-КГ18-14).

*(н) Обязательство по содержанию другого лица*

Ссылкой на принципы равенства участников регулируемых гражданским законодательством отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела обосновывается право принять на себя добровольное обязательство, не являющееся алиментным применительно к гл. 15 СК РФ, по денежному содержанию другого лица и в том случае, если отсутствуют предусмотренные законом условия для выплаты алиментов этому лицу и оно не отнесено к кругу лиц, имеющих право требовать алименты в судебном порядке (ответ на вопрос № 17 Обзора за второй квартал 2004 г. (ответы на вопросы), утвержденного Президиумом ВС РФ 6 октября 2004 г.).

*(р) Определение цены*

Самостоятельное определение цены и объема поставки электрической энергии по свободным договорам, предусмотренное оспариваемыми положениями правового акта, не нарушает принцип равенства участников гражданских правоотношений и принцип свободы договора (Решение ВС РФ от 25 августа 2009 г. № ГКПИ09-557).

*(с) Административная отмена разрешения на строительство*

Отмена мэром разрешения на строительство и ввод в эксплуатацию здания противоречит принципам признания равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты. Возникшие в данном случае гражданские права могут быть оспорены только в судебном порядке, возможность решения этого вопроса в административном порядке законодательством не допускается. Эта правовая позиция опиралась на принципы равенства, неприкосновенности собственности, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2010 г. № 15951/09).

*(т) Бездействие залогового кредитора*

На практике встречаются случаи, когда в силу тех или иных причин залоговый кредитор, находящийся в стадии ликвидации, не обращает взыскание на заложенное ему имущество (или не прибегает к исполнению судебного акта об обращении взыскания на заложенное имущество). Это может нарушать законные интересы кредиторов ликвидируемого юридического лица (залогового кредитора). Разрешение данного казуса предпринимается в судебной практике на основании принципов гражданского права, а именно равенства, автономии воли и неприкосновенности собственности. Суд обоснованно полагает, что отсутствие в законе конкретных механизмов защиты нарушенных прав не должно вести к снижению уровня правовой защищенности участников оборота. При этом в качестве способа защиты считается допустимым оспаривание действий (бездействия) ликвидационной комиссии с требованием обязать ее обратиться с заявлением о признании общества банкротом в целях последующей реализации заложенного имущества под контролем суда по правилам ст. 138 Закона о банкротстве, предоставляющей залоговому кредитору специальные полномочия, в том числе по определению порядка и условий реализации имущества. Суд отмечает, что, учитывая характер потенциального нарушения прав, а также отсутствие иной возможности понудить ликвидационную комиссию к проведению расчетов, названный способ защиты является эффективным и может быть применен (Определение СКЭС ВС РФ от 23 августа 2017 г. № 310-ЭС17-8699).

*(у) Отказ от права*

Всякое лицо может отказаться от своего субъективного гражданского права. Однако в гражданском законе нет общего позитивного установления на этот счет. Напротив, некоторые ошибочно усматривают категорическую невозможность такого распоряжения субъективным

правом, за исключением случаев, прямо указанных в законе, в п. 2 ст. 9 ГК РФ (см. подробнее комментарий к п. 2 ст. 9 ГК РФ). Судебная практика с опорой на принципы необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты, а также положений п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, легализовавших отказ от осуществления договорных прав с 1 июня 2015 г., обоснованно допускает отказ от субъективного права, вытекающего из договорного правоотношения (например, от права залога). Закон не запрещает залогодержателю отказываться от части своих прав, вытекающих из залога (в том числе и частично, освободив от возможных правоприязнаний часть стоимости заложенного имущества). В то же время в силу п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, п. 4 ч. 1 ст. 150, ч. 3 ст. 151 АПК РФ, если кредитор отказался от правоприязнания на преимущественное удовлетворение части своего требования за счет выручки от реализации заложенного имущества, то в последующем осуществление этого права не допускается (Определение СКЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280). Здесь уместно уточнить, что, видимо, принцип восстановления нарушенного права для обоснования возможности отказа управомоченного лица от своего субъективного гражданского права не нужен. Отказ лица от своего права может быть никак не связан с нарушением каких-либо прав. Принцип восстановления нарушенных прав в указанном деле суд, должно быть, использует для обоснования защиты права на отказ от права залога.

*(ф) Отсрочка исполнения решения суда*

Отсылка к отдельным принципам гражданского права также используется для обоснования решений на процессуальной стадии правоотношения. Так, например, на основе принципов равенства, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты делается вывод о том, что основания для отсрочки исполнения решения суда должны носить действительно исключительный характер, возникать при серьезных препятствиях к совершению исполнительных действий (Определение СКГД ВС РФ от 10 марта 2015 г. № 24-КГ15-3).

**1.14. Девиантные практики использования принципов при мотивировке судебного решения**

Анализ судебной практики применения принципов гражданского права позволяет обнаружить целый ряд типичных недостатков методологии их применения.

*(а) Неконкретная отсылка*

Нередко суды при мотивировании своих решений просто делают общую отсылку к принципам права, не конкретизируя, о каком прин-

ципе идет речь. Так, с помощью общей отсылки ко всем принципам гражданского права обосновывается восстановление права собственности (восстановление здания в пригодное для осуществления предпринимательской деятельности состояние), нарушенное недобросовестным поведением участника общей долевой собственности, распорядившимся имуществом без его согласия. При этом отмечается, что эта мера защиты установлена ст. 12 ГК РФ и способна в отсутствие в законе иных специальных норм, призванных регулировать отношения между сособственниками, восстановить право собственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 5910/11). Безотносительно к тому, насколько логично само решение суда, такая абстрактная отсылка выглядит не вполне корректно.

Так, иногда ссылка на п. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ служит обоснованием вывода о том, что следует разграничивать правоспособность юридического лица в отношении принадлежащего ему имущества и имущественный интерес участника такого юридического лица. Ввиду этого права и законные интересы супруга данного участника не могут быть нарушены осуществлением юридическим лицом деятельности в пределах своей правоспособности (определения СКГД ВС РФ от 31 марта 2015 г. № 18-КГ15-44, от 13 декабря 2016 г. № 30-КГ16-10). Не совсем понятно, о каких принципах конкретно здесь идет речь, и как они увязаны с итоговым выводом.

Еще в одном случае общая отсылка к принципам гражданского права приводит суд к цитированию п. 3 ст. 424 ГК РФ, согласно которому, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги (Определение СКЭС ВС РФ от 14 октября 2014 г. № 307-ЭС14-22). Здесь также непонятно, как принципы права влияют на вывод суда о применении нормы закона.

В некоторых случаях, несмотря на общую отсылку ко всем принципам гражданского права, несложно усмотреть, какой именно из них имелся в виду. Иллюстрацией может послужить следующая правовая позиция. Согласно одному из постановлений Президиума ВАС РФ, содержащееся в Правилах предоставления коммунальных услуг указание о том, что в качестве ресурсоснабжающей организации вправе выступать как юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы, так и индивидуальный предприниматель, соответствует общему принципу регулирования правового положения индивидуальных предпринимателей, закрепленному в п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 2, п. 3 ст. 23

ГК РФ, в силу которого к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила, регулирующие деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения (Постановление Президиума ВАС РФ от 14 сентября 2010 г. № 5481/10). Представляется, что в этом случае имеется в виду принцип равенства, поскольку для содержания экономической деятельности неважно, кто именно ее осуществляет — коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, и поставить их в разное правовое положение было бы несправедливым. Но отказ суда конкретизировать сам применимый принцип, конечно же, в любом случае является упущением в аргументации.

В принципе, ссылка в мотивировочной части судебного акта на совокупность некоторых принципов может быть вполне корректной. Так, например, такие принципы, как равенство участников гражданских отношений, свобода договора, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, позволили ВС РФ вывести общую идею о том, что перемена кредитора в обязательстве не должна ухудшать положение должника (Определение СКЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545). Но важно, чтобы обозначаемые принципы действительно имели отношение к делу. Далеко не всегда это так. Иногда набор цитируемых принципов создает впечатление достаточно произвольного их сочетания. Нередко суд лишь перечисляет соответствующий набор принципов, а затем делает общее суждение о противоречии того или иного положения этим принципам, не обосновывая, в чем именно заключается противоречие. Предположение о таких противоречиях можно усмотреть только из контекста. Тем не менее для практических целей отыскание соответствующих правовых позиций может оказать помощь в подборе аргументации для схожих случаев.

*(б) Избыточные ссылки на принципы*

Иногда апелляция к принципам не добавляет что-то к аргументации, а предстает простым аргументационным орнаментом, поскольку сам вывод, к которому приходит суд, состоит в механическом применении конкретной нормы закона. Такую практику вряд ли стоит поддерживать.

Иногда ссылка на принципы гражданского права скорее используется для усиления убедительности принятого решения, нежели вызвана необходимостью в политико-правовом обосновании его справедливости. Использование общей ссылки в судебном решении на принципы гражданского права без особой в этом необходимости и без раскрытия



того, в чем именно заключалось нарушение принципов гражданского права и какого (каких) именно, является достаточно распространенным явлением. Так, например, едва ли критически необходимой является ссылка на принципы гражданского права для обоснования вывода о необходимости дать оценку заявлению ответчика о пропуске исковой давности или для квалификации выбытия вещи помимо или по воле собственника (определения СКГД ВС РФ от 30 мая 2017 г. № 50-КГ17-6, от 29 августа 2017 г. № 50-КГ17-19, от 19 сентября 2017 г. № 19-КГ17-21).

Так, например, в одном деле суд обосновал право лица на обращение к оценщику для определения размера ущерба по ремонту транспортного средства и взыскание со страховщика понесенных расходов действием принципа восстановления нарушенного права (Определение СКГД ВС РФ от 14 августа 2018 г. № 53-КГ18-14). Обоснование решения суда с опорой на данный принцип понадобилось для того, чтобы мотивировать вывод, что расходы на оценку являются убытками страхователя, не согласного с определенной страховщиком суммой причиненного транспортному средству ущерба. Поскольку данные расходы являются убытками, они могут быть взысканы сверх установленного лимита страхового возмещения. Ясно, что обоснование этого вывода вполне обходится квалификацией структуры обязательственного отношения, которая образуется вследствие нарушения прав кредитора. В этом случае должник обязан к уплате долга (Schuld) и к возмещению сумм ответственности (Haftung). Поскольку закон лимитирует только размер долга, но не размер ответственности за нарушение обязательства, то суммы ответственности подлежат взысканию сверх лимита, так как им не ограничиваются. Как видно, обоснование решения не требует обращения к принципу восстановления нарушенного права, который при таком подходе суда к мотивировке решения следовало бы указывать в каждом деле о взыскании по обязательству.

В некоторых случаях в силу общей отсылки к принципам гражданского права суждения судебной практики выглядят сколь верными, столь и весьма тривиальными. Например, указывается, что бюджетное учреждение, как сторона по возникшим гражданско-правовым сделкам, должно надлежащим образом соблюдать согласованные в них условия, а также требования закона, иных нормативных актов (п. 14 Обзора судебной практики № 3 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 19 октября 2016 г.).

В некоторых случаях общая отсылка к принципам гражданского права служит мотивом для обоснования решений в достаточно прозаических категориях споров, например при обосновании допустимости

использования акта разграничения эксплуатационной ответственности в области водоснабжения и водоотведения (Решение ВС РФ от 23 января 2019 г. № АКПИ18-836).

В целом избыточные и бессодержательные ссылки на все или некоторые наборы принципов гражданского права являются весьма распространенным явлением в судебной практике (см., например, постановления Президиума ВАС РФ от 2 февраля 2010 г. № 13211/09, от 13 сентября 2011 г. № 9899/09; определения СКГД ВС РФ от 9 сентября 2014 г. № 30-КГ14-6, от 30 сентября 2014 г. № 66-КГ14-6; Определение СКЭС ВС РФ от 23 сентября 2014 г. № 308-ЭС14-1224). Весьма редко безосновательная ссылка судов на принципы гражданского права подвергается критике высшей инстанций, хотя отдельные примеры имеются (Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 16697/04).

Могут возразить, что принципов права в мотивировочной части судебного акта мало не бывает, и вреда от упоминания этих принципов в ситуации, когда спор может быть справедливо разрешен путем механического применения норм позитивного права, особого нет. Но представляется, что такая судебная методология использования ссылок на принципы права без серьезной аргументации и, скорее, для проформы девальвирует значение принципов гражданского права, превращая их в некий элемент бессмысленного ритуала.

*(в) Ссылка не на те принципы, которые релевантны*

Иногда наблюдается тенденция обоснования того или иного толкования с опорой не на тот принцип, который следовало бы применить. Так, например, в одном судебном акте ВС РФ со ссылкой на принцип равенства указал, что общее правило ст. 328 ГК РФ, позволяющее приостановить исполнение своего обязательства, если предусмотренное договором исполнение обязательства другой стороной произведено не в полном объеме, не может быть истолковано как позволяющее покупателю использовать поставленный без документации товар и не оплачивать его. При этом Суд признал, что в силу этого принципа наличие в договоре условия о том, что для получения платежа, предусмотренного договором, поставщик предоставляет комплект документов, само по себе не дает покупателю права не оплачивать товар исходя из буквы ст. 464 ГК РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 6 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-16171). На самом деле решение суда основано, видимо, на соображениях несправедливости соответствующего спорного условия и несоразмерности такой санкции, как приостановление оплаты до передачи документации в ситуации, когда покупатель уже начал использовать полученный товар, а отнюдь не на принципе равен-

ства. Эта отсылка к принципу равенства выглядит в последовательном логическом ряду юридической аргументации суда достаточно изолированной и чуждой. При этом то, в чем именно заключается нарушение принципа равенства, не поясняется.

*(г) Неумение или нежелание подробно отразить в тексте судебного акта рассуждения «от принципов»*

К сожалению, многие суды испытывают дискомфорт тогда, когда от них требуется фиксировать на бумаге логику своих рассуждений, которые отталкиваются от принципов права, балансирующих их. Открыто и подробно мотивирует свои акты ссылками на принципы права КС РФ, но некоторые ординарные российские суды, привыкшие правовую аргументацию сводить к цитированию норм закона, нередко испытывают сложности при решении этой более сложной интеллектуальной задачи. От судебной практики высших судов в данном контексте требуется задавать ориентиры правильной, корректной аргументации с использованием принципов права и развивать методологию их практического применения. Суды должны не просто ссылаться на принцип, а показывать, в чем именно заключается нарушение (или соблюдение) принципа гражданского права, и как он преломляется в конкретном спорном казусе. Всякий идеальный судебный спор — это интеллектуальная конкуренция двух или более правовых решений казуса. Здесь и появляется почва для применения принципов гражданского права. Необходимо протестировать каждое из возможных правовых решений на соответствие принципам гражданского права и выбрать то из них, которое демонстрирует наибольшее соответствие принципам.

В качестве примера можно привести следующий случай. В одном деле о восстановлении прав на земельный участок нижестоящий суд признал результаты межевания земельных участков недействительными, но отказал в других требованиях истца. ВС РФ обоснованно применил принцип восстановления нарушенных прав и проиллюстрировал его практическое значение. Было указано, что обращение истца в суд с иском было вызвано необходимостью восстановления права владения принадлежащим ему на праве собственности земельным участком. Суд с учетом выявленных нарушений при межевании принадлежащих ответчику земельных участков, поставленных на кадастровый учет, установив наложение их границ на принадлежащий истцу земельный участок, пришел к выводу о нарушении права истца и необходимости защиты нарушенного права собственности путем признания результатов межевания недействительными. Однако признание результатов межевания недействительными само по себе не влечет восстановление нарушенных прав и законных интересов истца, что оставлено судом

без внимания и оценки; у ответчика сохраняется право собственности на указанные выше земельные участки с координатами границ, указанными в государственном кадастре недвижимости. Таким образом, суд, признав незаконными результаты межевания земельных участков, не разрешил спор по существу и не определил надлежащий способ восстановления нарушенного права собственности истца, что было признано ВС РФ некорректным (Определение СКГД ВС РФ от 14 февраля 2017 г. № 32-КГ16-29).

*(д) Игнорирование судами ссылки сторон на принципы права*

Надо отметить, что ссылки участников судебного процесса на противоречие того или иного положения принципам гражданского права достаточно часто игнорируются, и никаких мотивов отклонения этой позиции не приводится (определения СКГД ВС РФ от 1 марта 2001 г. № 57-Г01-1, от 7 сентября 2005 г. № 5-Г05-49; определения СКАД ВС РФ от 26 сентября 2012 г. № 5-АПГ12-24, от 18 декабря 2013 г. № 1-АПГ13-12, от 5 февраля 2014 г. № 4-АПГ13-15; Определение СКЭС ВС РФ от 13 июля 2018 г. № 307-ЭС17-18333; Решение ВАС РФ от 3 декабря 2012 г. № ВАС-12173/12; решения ВС РФ от 25 февраля 2015 г. № АКПИ14-1518, от 17 июля 2017 г. № АКПИ17-411, от 25 октября 2017 г. № АКПИ17-713, от 25 октября 2017 г. № АКПИ17-706, от 31 января 2018 г. № АКПИ17-1013, от 24 октября 2018 г. № АКПИ18-915, от 26 декабря 2018 г. № АКПИ18-1161, от 28 января 2019 г. № АКПИ18-1139).

Возможно, в соответствующих случаях это может объясняться тем обстоятельством, что участники процесса не приводят конкретных доводов о том, какому именно из принципов противоречит то или иное явление, в чем данное противоречие заключается и каким правам и законным интересам это вредит. При этом иногда даже весьма квалифицированные заявители (прокуратура) делают такую общую отсылку, порой даже ко всей ст. 1 ГК РФ целиком, например, при оспаривании правового акта, как противоречащего сразу всей указанной норме ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 13 апреля 2005 г. № 47-Г05-8). Но нередко игнорируются и вполне конкретные ссылки сторон на принципы гражданского права. Суды иногда не приводят мотивов отклонения ссылки участника и на конкретный принцип гражданского права (Решение ВС РФ от 11 апреля 2018 г. № АКПИ18-155) или делают лишь общее замечание о том, что нарушение принципов гражданского законодательства не усматривается (Решение ВАС РФ от 22 декабря 2010 г. № ВАС-12425/10), или о том, что утверждение заявителя о нарушении соответствующего принципа лишено правовых оснований (Решение ВС РФ от 28 июня 2010 г. № ГКПИ10-497), необ-

основанно (неосновательно) (Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 14 июня 2007 г. № КАС07-243; Решение ВС РФ от 29 октября 2007 г. № ГКПИ07-1002). Такое не вполне внимательное отношение к принципам права там, где их анализ был бы уместен, неоправданно. Принципы права — это не красивые лозунги и какие-то благоглупости, а рабочие инструменты повседневной практики разрешения споров.

Для эффективной защиты нарушенных прав или законных интересов нарушение принципов гражданских прав сторонам целесообразно обосновать, что, конечно, не исключает констатацию судом такого нарушения *ex officio*, без всякой ссылки на это участника процесса, если релевантные факты доказаны, поскольку *iura novit curia* (суд знает право).

Также встречаются случаи, когда нижестоящий суд обосновывает решение ссылкой на нарушение некоторых принципов гражданского права, а высшая инстанция, отменяя такое решение, никак не опровергает мотивы нижестоящего суда и критически их не оценивает. Это также девальвирует значение принципов гражданского права, поскольку демонстрирует пренебрежение суда к ним. Отменяя решение суда, постановленное на основании тех или иных принципов гражданского права, вышестоящий суд должен мотивировать, почему он считает применение соответствующих принципов необоснованным, и показать их практическое значение для данного дела (Определение СКЭС ВС РФ от 14 июня 2017 г. № 305-ЭС17-2111).

*(е) Необоснованное ограничение принципов*

В некоторых случаях суды считают, что принципы гражданского права могут не в полной мере распространяться на определенных лиц или на определенные ситуации, усекая сферу применения принципов. Часто это суждение не представляется обоснованным. Например, иногда суды ограничивали распространение действия принципов права на застрахованных военнослужащих и приравненных к ним лиц. Это объясняется тем, что при заключении договора обязательного государственного страхования жизни и здоровья военнослужащие и приравненные к ним лица, застрахованные по такому договору, не могут самостоятельно обеспечить свои интересы, поскольку не являются стороной в договоре и не принимают участия в определении его условий (постановления КС РФ от 26 декабря 2002 г. № 17-П, от 26 апреля 2018 г. № 18-П, от 18 июня 2018 г. № 24-П). Данное суждение представляется бесспорным, поскольку по такой логике из сферы действия принципов гражданского права выпадут все третьи лица в договорах, заключенных в их пользу. Некоторая специфика правового положения третьих лиц действительно порождает непростой феномен в граждан-

ском праве, но вряд ли стоит идти настолько далеко, чтобы ослаблять действие принципов гражданского права в отношении всех таких лиц. В конечном счете третьи лица сами решают, участвовать в этих отношениях или нет, и навязать им помимо их воли такое участие нельзя.

## **2. Диспозитивность в гражданском праве и пропорциональность ограничения гражданских прав**

Комментируемый пункт закрепляет две важные для частного права идеи – принцип диспозитивности и пропорциональность ограничения гражданских прав.

### **2.1. Принцип диспозитивности**

Согласно абзацу первому п. 2 комментируемой статьи граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе; признается их свобода в установлении своих прав или обязанностей на основе заключаемых ими договоров и в определении любых не противоречащих закону условий договоров.

Автономия воли и частный интерес являются столпами всего гражданского права. Невозможно помыслить себе такое социальное устройство современного общества, в котором принципом является неуважение свободы воли и частного интереса. Задача гражданского права заключается в установлении таких правил поведения в социуме, которые в максимальной степени обеспечивают свободу воли и реализацию частного интереса каждого, без нарушения прав и законных интересов других членов общества. Иными словами, речь опять идет о таком справедливом балансе отдельных интересов и устремлений людей, который позволяет обеспечить благополучие и процветание в обществе.

Автономию воли действовать в своем частном интересе как в доктрине, так и в судебной практике принято также именовать принципом диспозитивности (постановления КС РФ от 26 апреля 2018 г. № 18-П, от 26 мая 2011 г. № 10-П). Диспозитивность (лат. *dispositivus* – «распоряжающийся») означает свободное, т.е. по своему усмотрению, распоряжение своими правами. Отсюда видно, что принцип диспозитивности является проявлением протопринципа личной свободы. При этом на самом деле автономия воли и частный интерес шире, чем собственно распоряжение субъективными правами, что будет обосновано ниже.

При анализе позитивного права и юридической техники нельзя не увидеть, что такое важнейшее положение, как действие своей волей и в своем интересе, оказалось не включенным в п. 1 коммен-

тируемой статьи. Означает ли это, что данные принципы в глазах законодателя стоят ниже перечисленных выше? Видимо, нет. Скорее всего, мы имеем дело с приемом юридической техники. Вынесение принципа автономии воли из п. 1 ст. 1 ГК РФ, возможно, понадобилось, с одной стороны, для того, чтобы не утяжелять перечень принципов включением целого предложения в их ряд, а с другой стороны, для имплементации конституционного принципа о пределах ограничений гражданских прав (абзац второй п. 2 ст. 1 ГК РФ). Судебная практика обоснованно ставит в один ряд как принципы, перечисленные в п. 1 ст. 1 ГК РФ, так и принципы автономии воли и частного интереса (определения СКЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280, от 22 апреля 2019 г. № 307-ЭС18-22127; постановления КС РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П (особое мнение судьи М.И. Клеандрова), от 26 декабря 2002 г. № 17-П, от 16 июля 2004 г. № 15-П, от 23 января 2007 г. № 1-П, от 24 марта 2017 г. № 9-П, от 18 июня 2018 г. № 24-П, от 16 ноября 2018 г. № 43-П; определения СКГД ВС РФ от 18 октября 2016 г. № 59-КГ16-21, от 31 марта 2015 г. № 18-КГ15-44, от 13 декабря 2016 г. № 30-КГ16-10).

Нетрудно заметить, что, формулируя принципы автономии воли и частного интереса, законодатель указал лишь на двух субъектов гражданского права — граждан (физических лиц) и юридических лиц. Публично-правовые образования здесь не названы. Возможно, это сделано не случайно. Дело в том, что названные принципы действуют в отношении граждан и юридических лиц без каких-либо особенностей. Публично-правовые образования призваны служить и действовать к общественной пользе — они для того и создаются. Публично-правовые образования никогда в полной мере не имеют и не могут иметь подлинного частного интереса именно в силу тех целей, достижение которых послужило причиной их появления на свет. Поэтому не случайно в п. 2 ст. 124 ГК РФ установлено, что к ним применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или *особенностей* данных субъектов.

Нормативное воплощение комментируемого принципа использует понятия приобретения прав и осуществления прав. Но данное положение следует понимать самым широким образом. Так, например, действия, влекущие возникновение нового, ранее не существовавшего права являются его приобретением, равно как и получение права по сделке от другого лица, а также получение права собственности в результате находки тоже являются приобретением права. Возможно ли приобретение права помимо своей воли, т.е. в исключение из действия обсужда-

емого принципа? Ответ на этот вопрос положительный. Правопорядку известны такие случаи. Например, речь может идти о навязанном неосновательном обогащении. Из п. 2 ст. 1102 ГК РФ буквально следует, что неосновательное обогащение может возникать и тогда, когда оно произошло помимо воли приобретателя. Неосновательно обогатившийся чужой вещью становится ее собственником. Так, например, безосновательное смешение вещей потерпевшего и приобретателя превращает последнего в собственника, даже если смешение не было результатом его поведения, и он этого не желал. Естественно, здесь мы можем наблюдать исключение из принципа приобретения права в своем интересе, поскольку приобретатель может и не иметь интереса в таком приобретении права на чужую вещь. Негативные последствия нарушения принципа в этих случаях смягчаются тем обстоятельством, что приобретатель, как правило, получает выгоду от обогащения, что не расходится с его типичным интересом. В тех же относительно редких случаях, когда обогащение обременяет приобретателя, он всегда может преследовать свой интерес либо через возврат обогащения потерпевшему, либо через дереликцию, если потерпевший не желает принять обратно свое имущество. Впрочем, нарушения интереса приобретателя, обогатившегося помимо своей воли, видимо, настолько ничтожны, что ими в масштабах всего оборота законодателю можно пренебречь, а защита нарушенного интереса может быть отыскана судом *ad hoc*.

Свободное осуществление гражданских прав следует понимать не только в отношении регулятивной стадии отношений, но в отношении охранительной его стадии. Поэтому свобода осуществления своих прав подразумевает свободный выбор лицом наиболее эффективного, по его мнению, способа защиты нарушенного права из тех, что предусмотрены законом (Определение СКЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280; см. также Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 2010 г. № 17074/09). Правообладатель может выбрать любой допустимый правом порядком способ защиты своих прав, в том числе и менее эффективный, а также и вовсе не прибегать к защите своих прав. Каждый защищает свои права по своему усмотрению. Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами и не следует из существа обязательства, выбор способа защиты нарушенного права осуществляется кредитором своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК РФ).

Между тем избрание лицом способа защиты своего нарушенного права не должно ущемлять права и законные интересы других лиц. Таким образом, выбор способа защиты нарушенного или оспариваемого права является субъективным правом истца, который должен



соответствовать характеру нарушения права и достигать цели его восстановления (Определение СКЭС ВС РФ от 5 декабря 2016 г. № 304-ЭС16-10165). Действительно, защищать ли нарушенное право, каким из допустимых по праву способов защиты его защищать, решает само управомоченное лицо. Его нельзя понудить против его воли к защите собственного права или навязать ему тот способ защиты, который он не желает применять. Точно так же при выборе способа защиты своего права управомоченное лицо преследует свой собственный интерес, но в пределах, которые очерчиваются правами и законными интересами других лиц.

Квалификация способа защиты в качестве субъективного гражданского права может вызывать сомнения. Такой подход приводит как минимум к удвоению каждого субъективного гражданского права и порождает ложную сущность. Получается, что к каждому субъективному праву (вещному, обязательственному, корпоративному, исключительному, личному) добавляется еще одно право – выбор способа его защиты. Более точной представляется иная квалификация: выбор способа защиты – это элемент правоспособности каждого лица, а не субъективное право. Выбор способа защиты, если признать за ним свойство субъективного права, трудно поставить в один ряд с названными выше действительно существующими субъективными гражданскими правами. В любом случае предусмотренные гражданским правом юридические режимы возникновения, осуществления, изменения и прекращения субъективных гражданских прав не могут применяться к такому явлению, как способ защиты гражданского права. Так, например, выбор способа защиты нельзя уступить отдельно от того права, для защиты которого он предназначен, от выбора способа защиты нельзя отказаться, не отказавшись от самого гражданского права.

Присущий гражданским правоотношениям принцип диспозитивности распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением в судах в порядке гражданского судопроизводства споров, возникающих в ходе осуществления физическими и юридическими лицами предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В гражданском судопроизводстве диспозитивность означает, что процессуальные отношения возникают, изменяются и прекращаются главным образом по инициативе непосредственных участников спорных материальных правоотношений, которые имеют возможность с помощью суда распоряжаться процессуальными правами и спорным материальным правом (Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П; см. также Определение СКГД ВС РФ от 22 сентября 2015 г. № 78-КГ15-23). Проявление принципа диспозитивности

тивности в гражданском процессе наблюдается в различных случаях: например, именно этим принципом обосновывается допустимость снижения судом явно несоразмерной суммы неустойки, обещанной к уплате коммерсантом, только по заявлению последнего (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81; Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 2014 г. № 1850/14).

На первый взгляд принцип диспозитивности обращен только к управомоченному лицу, поскольку комментируемая норма говорит о приобретении и осуществлении прав. Означает ли это, что в области обязательственных отношений принцип диспозитивности не имеет действия в отношении должника? Такое понимание можно наблюдать на практике. Так, ВС РФ рассматривал дело об оспаривании нормативного акта, который предусматривал, что в случае частичной оплаты коммунальных услуг их сумма должна распределяться между соответствующими коммунальными организациями пропорционально. Не согласный с этим положением гражданин полагал, что это регулирование носит ограничивающий характер, так как не позволяет потребителю оплачивать конкретную коммунальную услугу по своей воле и своему усмотрению, ссылаясь при этом в обоснование своей позиции на комментируемое положение ГК РФ. Отказывая заявителю, суд, в частности, указал, что своевременное и полное внесение платы за коммунальные услуги квалифицируется как обязанность граждан, а не принадлежащее им право (Решение ВС РФ от 29 января 2014 г. № АКПИ13-1156). Данное решение представляется ошибочным. Действительно, в обязательственном праве принято считать, что в обязательстве в узком смысле у кредитора имеется притязание к должнику, а у должника — корреспондирующая этому притязанию субъективная обязанность (долг) перед кредитором. Соответственно, у должника не имеется требования (притязания) к кредитору, а у последнего — долга. Это, однако, не означает, что принцип автономии воли и частного интереса не распространяется на должника. Такого не может быть хотя бы потому, что должник обладает свободной волей и частным интересом, а вступление должника в обязательство не может исключить наличие у него названных свойств, поскольку они являются проявлением большего — свободы личности. Вступая в обязательства, субъекты гражданского права не теряют личной свободы, не становятся бесправными существами, находящимися в полной власти другого лица. Более того, нередко закон, обычай или договор предоставляют должнику, связанному обязательством, ту или иную свободу действий. Так, например, должник по обязательству, сохраняя личную свободу и имея частные интересы, сам определяет, какой

именно долг из нескольких ему погасить, в чем и проявляется принцип автономии его воли и его частного интереса, что буквально образом установлено законом (п. 1 ст. 319.1 ГК РФ; ранее имевшийся пробел в ГК РФ заполнялся применением по аналогии п. 1 ст. 522 ГК РФ). Только в том случае, когда должник не желает воспользоваться своим правом атрибуции исполнения к определенному долгу, подлежат применению положения названной выше статьи, причем метод пропорциональности зачисления исполнения в счет нескольких долгов стоит там на последнем месте. Другой пример: если закон или договор предоставляют должнику некий период времени для исполнения обязательства, должник сам решает, в какой момент в пределах указанного периода исполнить обязательство. Если договор предусматривает альтернативное обязательство и предоставляет право выбора должнику, именно он правомочен решать, какое из нескольких альтернативных предоставлений осуществить.

Свобода воли и частный интерес существуют в нормативном единстве и в большинстве случаев воплощаются совокупно. Однако они обладают известной автономностью, могут наблюдаться по отдельности. Например, право может быть приобретено по свободной воле, но при отсутствии интереса. Это может произойти по ошибке, скажем, при ложно понятом собственном интересе. И наоборот, право может быть приобретено и соответствовать интересу приобретателя, но его свободная воля на его приобретение может отсутствовать (уже приводившийся пример кондикционного должника). Во всех этих случаях отпадения одного элемента из двух правопорядок должен предусматривать соответствующую правовую реакцию, описание всех вариантов которой выходит за рамки настоящего комментария.

В судебной практике можно обнаружить и несколько иной аспект соотношения воли и частного интереса, согласно которому наличие свободной воли отрицается в тех случаях, когда воля не соответствует интересу. Действия стороны гражданско-правовых отношений могут быть признаны совершенными по ее воле только в случае, если такая воля была детерминирована собственными интересами и личным усмотрением указанной стороны. При таких обстоятельствах действия собственника по передаче принадлежащего ему имущества третьему лицу, являющиеся следствием заведомо незаконного и (или) недобросовестного поведения приобретателя имущества, не могут быть признаны добровольными (Определение СКГД ВС РФ от 4 июля 2017 г. № 4-КГ17-23). Это суждение, взятое абстрактно, требует уточнения. Не всякое действие в противоречии с собственным интересом может

быть квалифицировано в качестве действия, совершенного против воли. Например, если лицо вследствие заблуждения совершает передачу вещи по сделке ее приобретателю, хотя бы последний и действовал незаконно или недобросовестно, то имущество все же передается им добровольно. Поэтому, например, если названная сделка и будет оспорена впоследствии в суде, последующий добросовестный приобретатель вещи подлежит защите от виндикации при наличии других необходимых элементов (возмездность, получение вещи во владение). В противном случае всякое незаконное отчуждение вещи означало бы исключение ее добросовестного приобретения, что расходится с воззрениями правовой науки, законодательством и судебной практикой. Недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли. Судам необходимо устанавливать, была ли воля собственника на передачу владения иному лицу (п. 39 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Принцип диспозитивности требует обеспечения действия во всей своей полноте. Даже незначительное его ограничение должно обосновываться наличием тех целей, которые позволяют вводить такие ограничения. Соответствующие нормативные положения должны истолковываться в смысле обеспечения полного действия принципов автономии и частного интереса. В качестве примера можно привести одно из судебных дел, в котором оспаривалась законность установленного подзаконным регулированием ограничения прав пассажиров в отношении некоторых объектов гражданских прав, свободно обращающихся на рынке, но запрещенных к провозу на соответствующем транспорте. Суд пришел к суждению о соответствии закону подзаконного регулирования, поскольку оно не ограничивает право распоряжения и предусматривает право добровольно удалить такие материальные объекты с территории объектов транспортной инфраструктуры или транспортных средств (Решение ВС РФ от 18 сентября 2017 г. № АКПИ17-559). Право на добровольное удаление соответствующих объектов должно истолковываться расширительно, чтобы собственник имел возможность не только физически переместить объект за пределы соответствующей территории, но и отказаться от права собственности (что и наблюдается повсеместно на практике); уничтожить такой объект, если это не затрагивает прав и законных интересов других лиц (безопасным образом); совершить сделку с таким объектом, чтобы он был удален с территории не самим собственником, а иным лицом (например, провожающим).

Принцип диспозитивности означает, в частности, что субъекту гражданского права не может быть навязан договор, в котором он не заинтересован, в том числе со стороны государства. Так, по одному из дел суд со ссылкой на нарушение нормативным актом принципа диспозитивности признал незаконным такой акт, поскольку он обязывал к доставке судовладельцами представителей государственных контрольных органов на судно и обратно для целей проведения государственного контроля на борту судна (Решение ВС РФ от 17 ноября 2016 г. № АКПИ16-907). По другому делу суд признал незаконным предоставление нормативным актом губернатору и членам регионального правительства права пользования (видимо, бесплатного) средствами связи, обосновав указав на нарушение принципа диспозитивности (Определение СКГД ВС РФ от 23 апреля 2002 г. № 58-Г02-14).

Судебная практика констатирует нарушение принципа диспозитивности в случаях, когда региональный закон ограничивает права коммерческих организаций, например оптовых рынков, на осуществление определенной деятельности (реализация на рынке собственной продукции, участие в оптовых сделках, создание организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность на оптовом рынке, участие в формировании цен на товары, реализуемые на рынке) и возлагает на них несвойственные им обязанности (обеспечение безопасности и общественного порядка на территории оптового рынка) (Определение СКГД ВС РФ от 19 марта 2002 г. № 56-Г02-6). Этот пример показывает, что принципы автономии воли и частного интереса не допускают не только произвольного ограничения прав, но и возложения обязанностей, причем не только в сфере частного права, но и тем более в сфере публичного права. Частные лица не обязаны преследовать общественный интерес, если только они не обязаны к этому федеральным законом или договором. Частные лица преследуют частный интерес, а не публичный. Публичные интересы должны преследовать другие социальные институты, деятельность которых обеспечивается за счет всего общества, т.е. за счет всех частных лиц (налогоплательщиков), однако ни одно из частных лиц не обязано к участию в деятельности названных институтов. Каждый имеет право пребывать в приватной сфере.

Принцип диспозитивности может нарушаться не только принятием нормативных актов, примеры которых приведены выше. Он может нарушаться и частными актами, прежде всего при заключении сделок. Наиболее ярким примером является заключение сделки под влиянием обмана, насилия или угрозы. В этом случае автономия воли и частный интерес деформируются, а правопорядок не может мириться

со сделками, вступающими в противоречие с этими фундаментальными принципами, если соответствующее лицо считает свои права нарушенными. Заключение таких оспоримых сделок рассматривается в судебной практике как нарушение принципа диспозитивности (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. № 162). Значительно большую угрозу могут представлять случаи, о которых свидетельствует судебная практика, когда монополисты навязывают по существу в одностороннем порядке свою волю контрагентам. Суды и в этом случае иногда обоснованно встают на защиту принципа автономии воли и частного интереса. Так, в одном из дел было указано, что применение принятых перевозчиком в одностороннем порядке правил определения платы в отсутствие волеизъявления (согласия) другой стороны договора является недопустимым как противоречащее принципам равенства, автономной воли и свободы договора (Определение СКЭС ВС РФ от 22 апреля 2019 г. № 307-ЭС18-22127).

Как уже неоднократно указывалось, гражданское право позволяет людям удовлетворять свои потребности. Одним из центральных элементов удовлетворения потребностей является ценность того объекта, который и служит целью для удовлетворения соответствующей потребности. Принципы автономии воли и частного интереса лежат в основе определения этой ценности, которая признается соответствующим лицом приемлемой. Соответственно, если стороны сделки своей свободной волей и на основании своего частного интереса согласились на ценовые (стоимостные) параметры встречных поставлений, значит, это соответствует их устремлениям и должно уважаться правом порядком, если такая сделка не противоречит закону. В судебной практике, например, при уступке права именно принцип диспозитивности служит обоснованием эквивалентности размеров переданного права (требования) и встречного предоставления (п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120). При рассмотрении того или иного спора суд по общему правилу не может вдаваться в оценку того, было приобретение по сделке выгодным или нет, поскольку это нарушило бы принцип автономии воли и частного интереса. Выгодность определяется собственным интересом приобретателя, и она всегда субъективна. Исключения из этого возможны тогда, когда стоимостный размер предоставления нарушает права и законные интересы других лиц (например, оспаривание крупных сделок по корпоративным основаниям или при банкротстве) или он определен с пороком воли (например, сделка заключена под влиянием заблуждения). Конечно, есть случаи, когда крайне аномальная цена говорит сама за себя, как бы свидетельст-

вуя о пороке воли (ни один человек в здравом уме не совершил бы такой сделки). Вместе с тем потребности людей бывают настолько причудливыми и экзотическими, что никакого порока воли в таких случаях может и не быть.

В судебной практике принцип диспозитивности иногда применяется в том числе для определения объема убытков. Так, при рассмотрении одного из дел было указано, что дополнительное оборудование приобреталось истцом одновременно с автомобилем, и истцом предполагалось их совместное использование. Оснований для вывода о том, что при отказе от исполнения договора купли-продажи в отношении некачественного автомобиля установленное на него дополнительное оборудование должно быть оставлено в собственности потребителя, не имеется, поскольку иное обусловило бы необходимость повторного приобретения автомобиля (как правило, аналогичной модели), что в силу п. 2 ст. 1 ГК РФ является недопустимым (Определение СКГД ВС РФ от 20 февраля 2018 г. № 44-КГ17-34). Здесь, видимо, имеется в виду, что после отказа от некачественного товара потребитель не должен *de facto* быть вынужденным против своей воли приобретать автомобиль, причем той же модели, потому что это может расходиться с его интересом.

Принцип диспозитивности служит препятствием к применению реабилитационных процедур в отношении ликвидируемого должника (Определение СКЭС ВС РФ от 27 июля 2017 г. № 305-ЭС17-4728). Это обосновывается тем, что волеизъявление уполномоченного органа свидетельствует о его интересе в прекращении деятельности юридического лица, тогда как реабилитационные процедуры направлены на восстановление платежеспособности соответствующего субъекта и продолжении им своей деятельности. Конечно, занятие какой-либо деятельностью, в том числе предпринимательской, помимо своей воли не должно обеспечиваться принудительно, поскольку противоречит принципу личной свободы. Теоретически, однако, можно помыслить справедливое обоснование принудительного восстановления платежеспособности, скажем, коммерческой организации для целей удовлетворения требований кредиторов, если доказано, что реабилитационная процедура позволит удовлетворить требования кредитора в существенно большем объеме, чем при ликвидации. В этом случае интерес в ликвидации может быть ограничен, поскольку этого требует защита интереса большего числа лиц, а действия лица, чьи права ограничиваются, послужили причиной нарушения прав других лиц (кредиторов), равно как ограничиваемое лицо несет риск нарушения прав других лиц (банкротство, наступившее вследст-

вие неблагоприятных внешних причин). Также здесь следует учесть, что после расчетов с кредиторами интерес в ликвидации может быть вполне реализован.

В судебной практике можно обнаружить такой подход, согласно которому ссылка заявителя на п. 2 ст. 1 ГК РФ признается несостоятельной, поскольку эта норма имеет общий характер и не регулирует непосредственно правоотношения в рассматриваемой судом сфере (Определение ВС РФ от 23 октября 2012 г. № АПЛ12-602). Конечно, всякому участнику гражданского процесса следует указать в суде, какие именно его субъективные права или законные интересы нарушаются вследствие противоречия того или иного действия (бездействия) названной норме права. Вместе с тем суд не вправе отказать в защите нарушенного права или законного интереса, если факт нарушения доказан, но заявитель ссылается лишь на нарушение общей нормы закона, в том числе комментируемой нормы. Во-первых, нарушение общей нормы ничем не отличается от нарушения специальной нормы и соответствующее действие или бездействие не может быть признано правомерным, если налицо нарушение общего принципа, но уполномоченное лицо не ссылается на специальную норму. Если таковая норма в принципе имеется, но заявитель на нее не ссылается, суд обязан ее применить, поскольку *iura novit curia*. Если специальная норма отсутствует, то суд должен действовать в соответствии со ст. 6 ГК РФ о применении аналогии закона или аналогии права, а последняя предполагает вынесение решения на основе общих принципов гражданского права. Во-вторых, положения комментируемой нормы содержат рассматриваемые в настоящем комментарии принципы гражданского законодательства, поэтому суду следует установить на основании представленных доказательств, имеется факт нарушения соответствующего принципа или нет, и согласно с этим постановить законное и обоснованное решение. В-третьих, общий характер названного положения совсем не мешает самому суду указывать на него в мотивах собственных решений.

Остается отметить, что указанные принципы могут быть ограничены во имя защиты или реализации каких-либо иных правовых принципов, если такое ограничение представляется убедительно обоснованным. Например, ст. 333 ГК РФ допускает снижение неустойки, обещанной к уплате лицом, не действующим как предприниматель, судом по собственной инициативе. В силу п. 4 ст. 166 ГК РФ суд в ряде случаев вправе применить по собственной инициативе и реституцию. Более того, согласно российской судебной практике, суд может присудить реституцию и в пользу той стороны спора о недействительности



сделки, которая этого не требовала (п. 79 и 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Также свободное осуществление права может блокироваться не только законом, но и судами в случае злоупотребления правом. Впрочем, в подобных случаях уместнее говорить, что лицо выходит за рамки (как предусмотренные законом четко, так и вытекающие из принципа доброй совести) своего права.

*(а) Частный интерес*

Желание в удовлетворении потребности человека в терминологической традиции гражданского права именуется интересом. Интерес может быть имущественным или неимущественным. Интерес может быть законным или незаконным, соответственно, последний правом порядком не поощряется и не защищается. Желание неосновательно присвоить себе чужую вещь представляет собой имущественный интерес, однако ясно, что такой интерес является незаконным. Даже когда в позитивном праве используется просто понятие «интерес», подразумевается не всякий интерес, а только законный интерес. Надо заметить, что терминологически в ГК РФ используются различные понятия: просто интерес, охраняемый законом интерес, законный интерес, непротивоправный интерес. Все они тождественны.

Как уже отмечалось, задача гражданского права — обеспечить удовлетворение частного интереса одного лица, но с соблюдением частного интереса каждого другого лица. Упрощенно говоря, все гражданское право — это средство для справедливого упорядочивания всех частных интересов социума. Не случайно поэтому в ГК РФ понятие интереса используется во множестве норм.

Так же как и в отношении гражданских прав, к вопросу о собственном интересе следует подходить с позиции его широкого понимания. Обоснованно считать, что всякий действует в собственном интересе. Собственные права обычно реализуются в собственном интересе. Между тем категория интереса в гражданском праве шире, поскольку он проявляется и в тех случаях, когда соответствующее лицо не имеет субъективного гражданского права. Правоспособность лица реализуется и в тех случаях, когда субъективного права может и не быть, однако и в этом случае лицо действует в своем интересе. Например, человек завещает все свое недвижимое имущество определенному лицу, не имея этого имущества на праве собственности. Ясно, что завещатель действует в собственном интересе и в этом случае. Принцип действия в своем интересе означает, что граждане и юридические лица юридически не обязаны действовать в чужом интересе, если только такая обязанность не следует из закона или не принята по договору. Отсюда вытекает, что в некоторых случаях можно принять на себя

добровольно бремя действия в чужом интересе (каждый, например, может стать гестором).

В отдельных случаях закон может обязать действовать в чужом интересе, однако такая правовая позиция также чаще всего занимает соответствующим субъектом добровольно. Например, опекун обязан действовать в интересах опекаемого, однако никто не обязан становиться опекуном против своей воли. Что же касается особых субъектов – публично-правовых образований, то в силу известных целей, ради достижения которых они созданы, возложение законом на них обязанности действовать в чужом интересе вполне характерно. Отсутствие собственного подлинного частного интереса у публично-правовых образований как раз и является той социальной проблемой, которая требует особого общественного контроля над ними, однако он, как правило, преимущественно осуществляется не средствами гражданского права. Проявление частного интереса у таких субъектов всегда должно быть сильно окрашено общественным интересом. Если частное лицо может действовать произвольно в своей имущественной сфере и юридически (но, конечно, не нравственно) не обязано заботиться о принесении пользы обществу и уж тем более самому себе, то публично-правовое образование, даже приобретая и осуществляя гражданские права, в конечном счете обязано действовать в интересах общества, поскольку собственных произвольных интересов на самом деле оно иметь не должно. Из этого следует, что широкое участие публично-правовых образований в гражданском обороте (прямо либо косвенно – через юридических лиц) нежелательно, поскольку в самом их статусе заложено противоречие с принципом частного интереса. Последнее чревато коррупцией, отсутствием эффективности, утратой богатства, а также напрасными издержками всего общества по нивелированию этих пока еще неизбежных явлений.

*(б) Свобода воли*

Как уже отмечалось, принцип диспозитивности выводится из принципа автономии воли. Потребности человека, будучи им отражены, будь то сознательно или подсознательно, приводят его к действию. Это действие волевое, поскольку само по себе осознание потребности не влечет ее удовлетворения – требуется проявить то или иное усилие, чтобы удовлетворить потребность. Это усилие, как правило, сознательное, и направлено на достижение определенной цели – получение желаемого или устранение нежелаемого. Конечно, человеком руководят не только имущественные потребности; именно поэтому в силу тех или иных причин его воля может быть направ-

лена на иные цели: нравственные, интеллектуальные. Однако и эти направления активности лица могут попадать в сферу гражданского права. Например, альтруистическая черта человека, его приязнь к некоторым другим людям часто служат объяснениями феномену договора дарения (хотя концепт этого договора значительно сложнее как исторически, так и психологически, поскольку дарение может быть мотивировано все же созданием выгоды — расположением к себе другого человека, расчетом на дальнейшие выгоды от него за счет его одарения). Совершение деликта зачастую не является следствием удовлетворения имущественной потребности, но это действие во многих случаях волево. Рефлекторное, подсознательное действие человека кажется выпадающим из волевых актов, однако это не вполне так, поскольку воля часто описывается как способность лица руководить своими действиями. Поэтому в некоторых случаях даже неволево (физиологическое) проявление действия человека может подчиняться его воле. Например, человек усилием воли может подавить зевоту, допустим, для того, чтобы это чисто физиологическое действие не было истолковано превратно присутствующими людьми. Равным образом и наоборот — человек может имитировать зевоту, чтобы продемонстрировать соответствующее отношение к происходящему. Последний пример, помимо прочего, иллюстрирует еще одно объективное свойство взаимодействия воли и интереса. Дело в том, что эти сущности могут действовать не в одном, а в разных направлениях, что является вполне естественным и не представляет собой ни физиологической, ни юридической аномалии. Человек усилием воли может подавить в себе желание удовлетворения того или иного интереса. И наоборот, интерес может быть настолько сильным, что воля лица будет подавлена, оно не способно будет противостоять стремлению в удовлетворении потребности, даже осознавая, что потребность эта пагубная. В некоторых случаях эти взаимодействия могут иметь юридическое значение (например, для определения наличия вины или ее степени либо при установлении пороков воли).

Воля сама по себе — явление, сокрытое от восприятия других. Она внутри человека и другим неизвестна. Вовне волю выражают как фактические действия, так и волеизъявления. Волеизъявление может не соответствовать истинной воле, и этот аспект юридической теории воли является одним из краеугольных камней теории сделок и их недействительности. Уровень развития современной науки не позволяет получить непосредственное представление о подлинной воле человека, поэтому в гражданском праве на передний план выступает волеизъявление, по которому и судят о самой воле, а также и об интересе.

Теория воли и волеизъявления является одним из базовых концептов всего частного права; не случайно поэтому автономия воли является одним из признаков отношений, которые регулирует гражданское законодательство (п. 1 ст. 2 ГК РФ). На этом учении построена теория сделок и юридической ответственности, правоспособности и дееспособности. С помощью концепта автономии воли разрешаются многочисленные дилеммы в сфере имущественных отношений. Например, в столкновении права собственника и интереса добросовестного приобретателя (добросовестного залогодержателя) свободная воля или ее отсутствие являются решающим фактором (п. 1 ст. 302, п. 2 ст. 335 ГК РФ); схожим образом разрешается ситуация с утратой корпоративных прав помимо своей воли (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ); такой же подход касается коллизии интересов лица, обратившегося к публичному реестру юридических лиц, и организации, данные о которой включены в реестр помимо ее воли (п. 2 ст. 51 ГК РФ). При неясности договора суду предписано выяснять действительную общую волю сторон (ст. 431 ГК РФ), а при толковании завещания должно быть обеспечено наиболее полное осуществление предполагаемой воли завещателя (ст. 1132 ГК РФ). Как видно, воля правообладателя уважается правом порядком не только при его жизни, но и после его смерти (в авторском праве см. п. 1 ст. 1266, п. 3 ст. 1268, п. 3 ст. 1282 ГК РФ). Именно поэтому всякий юридический анализ любой жизненной ситуации должен начинаться с выяснения того, действовали ли соответствующие лица по своей воле. Степень свободы воли также имеет юридическое значение. Незначительное стеснение воли, которому субъект гражданского права мог противостоять, обычно не учитывается, и напротив, существенное подавление свободной воли правом порядком обычно рассматривает как имеющее юридическое значение.

Поскольку принцип автономии воли является реализацией принципа свободы личности, приобретение и осуществление гражданских прав допускается только своей, а не чужой волей. Обратное разрушило бы свободу человека. Это, однако, не означает, что по своей воле субъект гражданского права не может привлечь чужую волю для достижения своих целей. Напротив, наблюдается прямо противоположное, ведь заключение сделки к своей выгоде означает расчет на проявление чужой воли в своем интересе. Наиболее иллюстративно, наверное, это видно в отношениях по представительству, когда представляемый совершает сделки в результате волеизъявлений другого лица (представителя); при этом последний проявляет свою волю, поскольку проявить чужую волю невозможно, потому что она подчиняется только своему хозяину. В судебной практике обоснованно отмечается, что возмож-

ность действовать через представителя в любых гражданско-правовых отношениях вытекает в том числе из принципа диспозитивности (Определение СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 308-ЭС18-8991).

Поскольку не все субъекты гражданского права всегда способны к надлежащему проявлению собственной воли в полной мере, чужая воля может быть использована на основании закона или договора для восполнения недостатка воли другого лица. Так, в частности, в гражданском праве функционирует институт опеки.

Комментируемый пункт указывает на свободу лица по приобретению и осуществлению прав, поскольку это суть, сердцевина всего принципа автономии воли. Однако человек свободен и в порождении своих обязанностей, причем не только на основании договора, как указано в данной норме. Дело в том, что человек свободен в принципе, поэтому он свободен делать как добро, так и зло; поступать как правомерно, так и неправомерно. Свобода воли открыта для любого действия, иначе бы она не была свободой. Именно поэтому гражданское (и не только) право имеет дело с таким проявлением свободы воли, которое является неправомерным. Тут и деликт, и нарушение договорного обязательства, и вообще всякое неправомерное действие. Конечно, было бы безнравственным, да и ненужным устанавливать в законе, что лицо свободно в нарушении прав других лиц, но несет за это ответственность, хотя по существу дело обстоит именно так. Воля оказывается своего рода вещь в себе: она свободна по природе, но и способна к самоограничению. Лицо, помышляющее о нарушении чужих прав, способно удержать себя от такого действия — и это тоже проявление свободы воли и одновременно ее ограничение, несмотря на кажущуюся парадоксальность такой одновременной разновекторности действия свободы воли.

Буквально принцип автономии воли сформулирован как приобретение и осуществление прав своей волей. Никто не может быть принужден к осуществлению своего права помимо воли. Этот тезис подтверждается судебной практикой. В силу общеправового принципа, изложенного в п. 2 ст. 1 и п. 1 ст. 9 ГК РФ, граждане осуществляют принадлежащие им права по своему усмотрению, т.е. своей волей и в своем интересе; из этого, по мнению ВС РФ, следует недопустимость понуждения лиц к реализации определенного поведения, составляющего содержание прав (Определение Судебной коллегии по делам военнослужащих ВС РФ от 18 октября 2016 г. № 201-КГ16-39).

Понятие права в данном контексте не должно быть сводимо только к субъективному гражданскому праву. Естественно, например, что кредитору по обязательству принадлежит обязательственное право

на действия должника, выражающееся в притязании к нему. Кредитор, соответственно, волен реализовать (осуществить) это притязание и потребовать от должника данных действий, но он может этого и не делать. Кредитор не может быть принужден к осуществлению своего права помимо его воли. Другое дело, что в некоторых случаях должник может иметь охраняемый законом интерес к совершению кредитором действия, необходимого для исполнения должником своего долга. Поэтому правопорядок может отдать предпочтение защите этого интереса должника, а кредитор может быть принужден по суду, но не к осуществлению своего права (хотя косвенно оно окажется реализованным), а к исполнению своих кредиторских обязанностей. Хотя общее правило для обязательственного права не сводится к принуждению кредитора, поскольку должник в этом случае вправе защищать свой интерес посредством отказа от обязательства и возмещения убытков, в некоторых случаях, наверное, было бы справедливым допустить принуждение кредитора к принятию исполнения от должника по суду. Эти случаи должны иметь исключительный характер и допускаться только тогда, когда никаким иным способом нельзя защитить законный интерес должника в производстве надлежащего исполнения. Формально, однако, даже в таких случаях, видимо, нельзя квалифицировать эту ситуацию как принуждение к осуществлению собственного права помимо воли его обладателя (кредитора) — речь должна идти о принуждении к исполнению кредиторских обязанностей. Такие примеры, хотя и сформулированные излишне широко, в позитивном праве имеются. В соответствии с п. 3 ст. 484 ГК РФ в случаях, когда покупатель в нарушение закона, иных правовых актов или договора купли-продажи не принимает товар или отказывается его принять, продавец вправе потребовать от покупателя принять товар или отказаться от исполнения договора. При этом данная норма не имеет широкого практического применения.

Право недопустимо смешивать с обязанностью, поскольку принуждение к исполнению обязанности в ограниченных пределах допускается правопорядком, а принуждение к осуществлению права допускаться не должно. Этот тривиальный тезис на первый взгляд не имеет практического интереса для профессионалов в силу своей банальности. Однако судебная практика свидетельствует, что такое смешение иногда допускается. Так, например, по одному из дел при рассмотрении спора о заключении дополнительных соглашений к договору вышестоящему суду в его мотивированной критике нижестоящего суда пришлось указать, что суд не учел, в частности, принцип диспозитивности и фактически приравнял права к обязанностям,

что противоречит основным началам гражданского законодательства (Определение СКГД ВС РФ от 10 июня 2014 г. № 41-КГ14-3). Ошибки встречаются и на самом высоком уровне российского правосудия. Так, например, право должника в альтернативном обязательстве на выбор одного из нескольких альтернативных действий объявляется обязанностью (п. 44, 45 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), тогда как в доктрине обязательственного права такое правомочие должника традиционно рассматривается в качестве секундарного (преобразовательного) права. В связи с этим важно отметить, что правила о нарушении обязанности, в том числе о гражданско-правовой ответственности, не могут применяться к должнику, манкировавшему своим правом на выбор, поскольку в этом случае наступают иные последствия, на которые обоснованно указано в том же разъяснении суда. Если же вследствие неосуществления своего права на выбор обязательство окажется нарушенным, следует обсуждать не вопрос о несостоявшемся выборе, а вопрос о неисполнении или ненадлежащем исполнении соответствующего обязательства должником. Тот факт, что нарушение вызвано неосуществленным выбором, — явление побочное и периферийное.

Если принуждение к осуществлению своего права не допускается, то это не значит, что бездействие управомоченного лица не может нарушать интересы других лиц, например и прежде всего обязанного лица. Гражданское право балансирует эту коллизию неосуществляемого права и противостоящего этому явлению интереса другого лица. Например, никто не обязан защищать собственное нарушенное право, однако неосуществление такой защиты может привести к защите интересов другого лица — обязанного по этому праву — в виде предоставления ему в силу закона возражения по давности (*exceptio temporis*).

Принуждение к приобретению права тоже, как правило, не должно допускаться. Некоторые права обременяют, а не только дают возможности извлекать полезные свойства из объекта гражданских прав. В некоторых случаях определенные объекты вообще не приносят его собственнику никакой пользы. Например, законсервированный скотомогильник никакой пользы его собственнику, видимо, принести не может, а только обременяет издержками на поддержание его сохранности. В некоторых случаях в интересах общества отдельные субъекты могут быть понуждены к приобретению права помимо своей воли. Так, например, на основании п. 3 ст. 142 Закона о банкротстве социальные объекты несостоятельного лица, не проданные в ходе соответствующих процедур, подлежат передаче в муниципальную собственность. Если муниципальное образование отказывается принять соответствующее

имущество, оно принуждается к этому на основании судебного акта (п. 39 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 60). То же касается и института выморочного имущества, когда для целей введения в оборот оказавшегося без хозяина имущества публично-правовое образование в лице уполномоченных органов становится собственником имущества (ст. 1151 ГК РФ), не имея к этому собственного законного интереса. Такой законный режим наследования имущества по существу обеспечивает не столько частный интерес, сколько публичный, поскольку общество заинтересовано в том, чтобы имущественные ценности не омертвлялись, а были подчинены принципу частной автономии. Получается, что сначала надо отойти от принципа автономии воли, обязав соответствующие органы публично-правовых образований стать собственником выморочного имущества, чтобы запустить объекты гражданского права обратно в свободный гражданский оборот и обеспечить полноту действия принципа автономии воли.

Принцип автономии воли неверно сводить только лишь к приобретению и осуществлению субъективных гражданских прав еще и потому, что он, очевидно, должен распространяться и на правовые состояния, включая правоспособность. Например, правовая возможность вступить в брак может осуществляться только по свободной воле, и это не требует доказательств, но здесь нельзя говорить о субъективном гражданском праве и тем более о притязании, поскольку речь идет о реализации своей правоспособности своей волей. Еще пример — это полномочие. У представителя может и не быть субъективного гражданского права в виде притязания к кому-либо только лишь на основании выданной ему доверенности. Однако ясно, что реализация такого правового состояния, как полномочие, тоже подчиняется принципу свободы воли.

Приобретение и осуществление гражданских прав иногда принимают такую внешнюю форму, что может создаваться ложное впечатление об отсутствии воли на это. Отсюда следует в том числе порождение ошибочных законодательных положений. Например, согласно части второй ст. 309 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 октября 2019 г., условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами возникающих из нее обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки. Эта новелла призвана описать особенности исполнения так называемых смарт-контрактов и подобных явлений. Исполнение обязательств, оформленных с помощью соответствующих технологий, ка-



жется осуществляющимся не по воле его сторон, а вследствие действия программного кода. Однако такое представление неверно. Воля, равно как и интерес, сторон проявляется в действии программного кода, поскольку он есть лишь техническое воплощение уже изъявленной ранее воли. Участие механизмов и всяческих технических устройств, компьютерных программ и т.п. в исполнении по обязательству (а равно и при заключении договоров) не означает отсутствие у стороны своей воли на приобретение прав и осуществление обязанностей; все это происходит по воле лиц, соответствующим образом приспособивших данные объекты для реализации именно собственной воли. Какой-либо сбой программного кода не может оставить соответствующее лицо без правовой защиты именно потому, что будет констатировано нарушение принципа автономии воли. Другое дело, если согласно закону или условиям сделки риск наступления некоторых невыгодных последствий взяла на себя соответствующая сторона. Однако и здесь простор не безграничен: если стороны договорились о синаллагматическом договоре, но вследствие сбоя в программном коде кредитор не получил встречного предоставления, то данное обстоятельство не может лечь в качестве риска на кредитора, поскольку это противоречило бы характеру встречного обязательства и поменяло бы каузу договора на иную, о которой стороны не договаривались. Некоторые нюансы с мерцающей или транзитной каузой могут обсуждаться как допустимые, но в любом случае эти явления приемлемы, только если стороны прямо согласны с этим.

Важнейшее проявление идеи автономии воли – принцип свободы договора. Предложение второе абзаца первого п. 2 комментируемой статьи представляет собой первый подход законодателя к раскрытию содержания принципа свободы договора, провозглашенного в ряду других принципов в п. 1 данной статьи. Еще более полное содержание принципа свободы договора нормативно закрепляется в ст. 421 ГК РФ. Здесь же, в п. 2 комментируемой статьи, законодатель ограничивается лишь указанием на то, что субъекты гражданского права свободны в установлении и определении 1) своих прав, 2) обязанностей, 3) любых не противоречащих закону условий договора.

Особое отношение законодателя к свободе договора, видимо, объясняется тем, что принцип автономии воли наиболее ярко проявляется именно в свободе договора.

О свободе договора см. п. 1.8 комментария к настоящей статье.

Применительно к свободе совершения односторонних сделок и определения их содержания ситуация более сложная. В силу ст. 156 ГК РФ правила о свободе договора применимы к односторонним

сделкам с учетом ряда принципиальных ограничений, predetermined односторонним характером таких сделок. Так, например, сторона не может совершить одностороннюю сделку, навязывающую другому лицу те или иные правовые эффекты, если возможность такого вторжения не легализована в законе, ином правовом акте или условиях ранее заключенного между сторонами договора (ст. 155 ГК РФ; п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Это ограничивает и содержание односторонней сделки (как минимум той, которая навязывает другому лицу тот или иной правовой эффект, затрагивает права и обязанности такого адресата): лицо не может в допущенной законом односторонней сделке произвольно определить любые положения, выходящие за рамки того типизированного содержания, на которое закон, иной правовой акт или ранее заключенный договор дают свое одобрение. Это следует из принципов гражданского права — невмешательства в чужие дела и той же самой автономии воли (только в данном случае воли адресата одностороннего волеизъявления).

*(в) Ограничение принципа диспозитивности*

Могут ли принципы автономии воли и частного интереса быть ограничены? В самом комментируемом законоположении ни о каких возможностях таких ограничений не сказано. Однако, как уже было показано, сложно найти принцип гражданского права, действие которого настолько тотально, что не знает никаких ограничений. Если интересы большего порядка, чем интересы одной личности, требуют некоторого ограничения принципа автономии воли и частного интереса, то правопорядок допускает соответствующее исключение из действия принципа.

Принцип диспозитивности может быть ограничен в интересах самого субъекта гражданского права (патернализм правопорядка). Чувство гуманизма и справедливости в некоторых случаях требуют защитить лицо от самого себя. Ясно, что речь здесь идет прежде всего о лишении и ограничении дееспособности. Пороки воли не позволяют соответствующему субъекту полноценно участвовать в гражданском обороте. Однако, поскольку правоспособность лицом не утрачена, он не теряет своих прав, но не может их осуществлять своей волей и в своем интересе. Эту волю проявляет другое лицо, которое и определяет, что находится в области интересов подопечного (опека).

Автономия воли, диспозитивность и свобода договора могут ограничиваться и в силу иных конституционных принципов и политико-правовых соображений (например, обеспечения общественного порядка, национальной безопасности, конкуренции, защиты креди-

торов и т.п.), поскольку в гражданском праве неизбежен компромисс между частным, индивидуалистическим и общественным, публичным началами. Так, в частности, несостоятельность лица тоже служит своего рода ограничением дееспособности. Интересы кредиторов такого лица требуют ограничения действия принципа диспозитивности. Несостоятельное лицо лишается (ограничивается) права действовать своей волей и в своем интересе. Другое лицо в соответствии с законом и на основании решения суда (арбитражный управляющий) действует вместо или от имени правообладателя, проявляя свою волю и действуя не только в его интересах, но и в интересах его кредиторов (по букве российского закона арбитражный управляющий к тому же еще должен действовать в интересах всего общества (всего человечества?), что, конечно, является законодательным недоразумением, поскольку трудно помыслить себе, чтобы один человек был юридически обязан действовать в интересах всего человечества, даже если это Генеральный секретарь ООН).

Итак, частная воля может быть кратковременно проигнорирована, когда она сталкивается с ценностью большего порядка. В соответствии со ст. 2 Конституции РФ человек является высшей ценностью. Поэтому, когда человек оказывается в ситуации, опасной для жизни, действия гестора считаются допустимыми даже против воли такого лица (п. 2 ст. 983 ГК РФ). Конечно, такой подход обоснован еще и потому, что, находясь в ситуации, опасной для жизни, воля человека может оказаться под сильным воздействием соответствующих обстоятельств, так что психические процессы могут срабатывать неадекватно естественному стремлению каждого существа к сохранению жизни.

## ***2.2. Пропорциональность ограничения гражданских прав***

Пункт 2 комментируемой статьи не ограничивается фиксацией принципа диспозитивности. Он также вводит принцип пропорциональности ограничения гражданских прав. Согласно абзацу второму п. 2 комментируемой статьи гражданские права могут ограничиваться только федеральным законом и только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. О том же говорит и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. По сути, комментируемая норма является калькой с этой конституционной максимы, наложенной на гражданские права (Определение СКГД ВС РФ от 17 октября 2007 г. № 82-Г07-5). Иными словами, гражданские права могут быть ограничены в тех же пределах и на тех же основаниях, что и конституционные права и свободы человека и гражданина вообще.

Семантически, коль скоро норма говорит об ограничении права, можно было бы считать, что права могут быть лишь ограничены в той или иной степени, но не уничтожены вовсе. Однако это не так, в действительности лицо может быть вовсе лишено своего субъективного гражданского права. В этом смысле показательным примером может выступать ст. 242 ГК РФ о реквизиции. При наличии указанных в этой норме условий в интересах общества имущество может быть изъято у собственника. Выплата собственнику компенсации не отменяет того факта, что право именно на имевшееся у собственника имущество может никогда не вернуться обратно. Однако законодатель обоснованно стремится минимизировать такое значительное ограничение права собственности, предусматривая, что сохранившееся имущество по отпадении соответствующих обстоятельств собственник вправе истребовать по суду.

Комментируемая норма сформулирована без привязки к субъекту, из чего следует, что правила об ограничении прав распространяются на любого субъекта. Общий принцип недопустимости произвольного ограничения гражданских прав реализуется как в отношении граждан (п. 1 ст. 22 ГК РФ), так и в отношении юридических лиц (п. 2 ст. 49 ГК РФ). Текстуальные различия приведенных норм не умаляют действия принципа недопустимости произвольного ограничения гражданских прав.

При определении оснований для ограничения частных прав должен применяться конституционный метод балансирования противоречащих друг другу конституционных ценностей, принципов и интересов. Любое ограничение должно быть соразмерным и минимально необходимым для обеспечения тех или иных конкурирующих правовых принципов, политико-правовых интересов и ценностей.

Так, например, право собственности нередко подвергается ограничению, и судебная практика поддерживает такое ограничение, если очевидны те цели, ради достижения которых это допускается. Например, права собственника транспортного средства в части его эксплуатации ограничены в интересах охраны здоровья, прав и законных интересов как самого собственника, так и других лиц. В частности, согласно закону для эксплуатации транспортного средства требуется соблюдение некоторых административных процедур; при этом отмечается наличие особого правового режима данного источника повышенной опасности и специальных правил допуска его в эксплуатацию (решения ВС РФ от 9 апреля 2015 г. № АКПИ15-40, от 15 июня 2015 г. № АКПИ15-442, от 20 июля 2015 г. № АКПИ15-585, от 23 июня 2016 г. № АКПИ16-370, от 8 декабря 2016 г. № АКПИ16-1219, от 9 февраля 2017 г. № АКПИ16-1372, от 21 июня 2018 г. № АКПИ18-412).

*(а) Основания ограничения*

На первый взгляд в комментируемой норме буквально установлено, что ограничение гражданских прав может иметь своим основанием только федеральный закон. Но здесь надо иметь в виду феномен делегированного правотворчества (Решение ВАС РФ от 18 октября 2012 г. № ВАС-5244/12). Законодатель иногда устанавливает более или менее общее положение, допускающее ограничение права, а подзаконными актами это ограничение уточняется. Поскольку соответствующий государственный орган имеет определенные дискреционные правотворческие полномочия, в действительности границы ограничения прав определяются не законодателем, а иным государственным органом. Чем шире практика делегированного ограничения прав, тем меньше гарантий имеется у субъектов гражданского права. Законодатель в идеале должен нести политическую ответственность перед избирателями, а потому может быть ограничен в своих устремлениях по ограничению прав, тогда как другие государственные органы в меньшей степени мотивированы к сдержанности.

Нормативные акты субъектов РФ и муниципальных образований не могут регулировать гражданские отношения, поскольку гражданское законодательство относится к сфере ведения Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). Следовательно, указанные субъекты не могут установить и нормы гражданского права, которые ограничивали бы те или иные гражданские права. В судебной практике комментируемое положение ГК РФ, соответственно, применяется при оспаривании нормативных актов субъектов РФ. Так, например, положение регионального закона, предусматривающее перевод жилых помещений в нежилые или нежилых в жилые, независимо от того, в чьей собственности они находятся, без выяснения мнения собственника, было признано незаконным (Определение СКГД ВС РФ от 4 июля 2003 г. № 47-Г03-10); положение нормативного акта субъекта РФ об установлении ограничительного временного периода продажи пиротехнических изделий признано противоречащим комментируемой норме (Определение СКГД ВС РФ от 3 мая 2006 г. № 39-Г06-29); положение об установлении предельной оптовой надбавки к отпускной цене на питьевую и минеральную воду также признано незаконным (Определение СКГД ВС РФ от 19 апреля 2006 г. № 58-Г06-11).

В то же время можно обнаружить примеры, когда ограничения гражданских прав по существу вводятся хотя и на основании закона, но актом субъекта РФ. Так, в соответствии с п. 9 ст. 16 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спир-

тосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции» органы государственной власти субъектов РФ вправе устанавливать дополнительные ограничения времени, условий и мест розничной продажи алкогольной продукции, за исключением розничной продажи алкогольной продукции при оказании услуг общественного питания, в том числе полный запрет на розничную продажу алкогольной продукции, за исключением розничной продажи алкогольной продукции при оказании услуг общественного питания. Таким образом, предусматривается допустимость темпорального ограничения предпринимательской деятельности. Судебная практика видит в этом случае соответствие данного регулирования п. 2 ст. 1 ГК РФ, отмечая лишь по аналогии, что соответствующие ограничения могут устанавливаться только законодательными (представительными) органами (п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2014 г. № 47). Тем самым уровень гарантий частных лиц, установленный Конституцией РФ и ГК РФ, снижается. Если эта тенденция будет иметь широкое продолжение, то такое делегированное нормотворчество может оказаться в руках многочисленного чиновничества, а частные права будут зависеть от их произвола. Именно поэтому судебный нормоконтроль должен не ограничиваться лишь проверкой компетенции того или иного органа или должностного лица, но распространяться на содержательный анализ введенного ограничения принципу соответствия такого ограничения предусмотренным законом целям.

На практике имеются случаи своего рода рефлекторного незаконного ограничения гражданских прав актом субъекта РФ, например, когда ограничение личных прав одних субъектов отражается на ограничении гражданских прав других субъектов. Так, в частности, незаконное ограничение прав несовершеннолетних лиц на пребывание в общественных местах в ночное время без сопровождения родителей в противоречии с комментируемой нормой ограничило, по мнению суда, права участников гражданско-правовых отношений, поскольку юридические лица, осуществляющие деятельность в сфере развлечений (досуга), оказывают гражданам, в том числе несовершеннолетним, услуги в этой сфере (Определение СКГД ВС РФ от 3 мая 2006 г. № 46-Г06-10). Надо добавить, что таким незаконным регулированием ограничиваются не только права юридических лиц, но и гражданские права самих несовершеннолетних. Коль скоро усматривается нарушение прав лица, которое оказывает услуги, то, соответственно, следует констатировать и ограничение прав заказчика таких услуг, т.е. несовершеннолетних.

Хотя субъекты РФ не имеют компетенции по установлению регулирования гражданских отношений, они обладают нормативной

компетенцией в других отраслях законодательства, и поэтому соответствующие нормы могут привести к ограничению гражданских прав. Данная сфера является областью нормоконтроля *ex post* со стороны судов.

Одним из наиболее значимых имущественных гражданских прав, безусловно, является право собственности. Его ограничение, соответственно, не допускается иначе как на основании закона; иные нормативные акты, ограничивающие права собственника, применению не подлежат (п. 1 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Из такого подхода следует, причем не только для права собственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2012 г. № 15837/11), что гражданское право действует без ограничения, даже если соответствующий нормативный акт, незаконно ограничивший какое-либо гражданское право, не оспорен в суде. Этот подход нормативно опирается на такой способ защиты, как неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону (ст. 12 ГК РФ). Судебная практика генерализирует данный подход для всех случаев, а не только для незаконного ограничения гражданских прав (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25; Постановление КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П). Таким образом, при рассмотрении любого дела суд, установив, что нормативный акт, хотя бы и не признанный недействующим, незаконно ограничивает гражданские права, не применяет этот акт, а разрешает дело в соответствии с законом.

Частные лица не имеют власти над другими частными лицами (*par in parem non habet imperium*). Поэтому, если какое-либо лицо своими фактическими действиями ограничивает права другого лица, комментируемая норма здесь неприменима. В этом случае речь нужно вести о нарушении гражданского права, поскольку частное лицо ограничить гражданские права не в состоянии.

#### *(б) Цели ограничения прав*

Наверное, не существует, да и не может существовать такой правовой системы, где гражданские права не ограничивались бы. Это объясняется той простой причиной, что содержащиеся в гражданских правах ценности могут коллизировать с ценностями более высокого порядка. Например, ясно, что собственник какого-то предприятия должен быть ограничен в своих правах, если его деятельность оказывает вредное воздействие на здоровье людей. Личные права человека, прежде всего право на жизнь и здоровье, оказываются выше имущественных прав. Ограничение частных прав во имя публичных интересов (в смысле интересов всей публики — общества) на самом деле в долгосрочной

перспективе необходимо и тем, чьи права ограничиваются. Например, такая ценность, как оборона страны, обеспечивает и частные интересы, поскольку последние могут существенно пострадать или вообще могут оказаться тотально попорченными, если указанная цель не будет достигнута. Поэтому упомянутая коллизия не должна угрожать самой системе гражданских прав, если, конечно, соблюдается должная мера ограничений, а за декларируемыми ценностями не стоят иные, скрытые цели, порой низменные и незаконные.

В обществе, где соответствующие политические и социальные институты функционируют недолжным образом или вообще деградировали и представляют собой декорацию, нередко наблюдается существенное ограничение, в том числе и гражданских прав, под видом достижения целей более высокого порядка, тогда как на самом деле преследуются другие цели, например корыстная поддержка отдельных коммерческих структур, защита интересов бюрократии в ущерб частным правам, создание почвы для коррупции, казнокрадство и т.д. Ложная потребность в защите ценностей высокого порядка, которая приводит к существенному и массовому ограничению частных прав, равно как неоправданно избыточная их защита, угрожает самим этим ценностям. Известно, что названные ограничения могут приводить к стагнации экономики и рецессии, в том числе хронической, а также к тотальному подавлению свобод и формированию условий для становления тоталитарного государства. Получается, что самая высокая гуманитарная ценность — жизнь человека — оказывается под угрозой, поскольку эта жизнь становится невыносимо тяжелой или оказывается в руках бюрократии, а постоянное пребывание без достойной жизни или под угрозой произвола во многом нивелирует саму ценность человеческой жизни. Ясно, что наиболее полная возможность реализации своих частных прав является неременным условием достижения благополучия, которое и является главнейшим устремлением людей. Не случайно поэтому среди конституционных ценностей называются достойная жизнь и свободное развитие человека (ч. 1 ст. 7 Конституции РФ), а в преамбуле Конституции РФ указано, что само ее принятие обусловлено стремлением к благополучию и процветанию.

Установление ограничения гражданских прав требует обоснования того, что ценности более высокого порядка существенно страдают. Причем это должно быть сделано не декларативным образом, а доказательным. Нельзя обосновать ограничение гражданских прав общей фразой об угрозе таким ценностям. Более того, введению соответствующего ограничения должны предшествовать экспертная оценка и подсчет последствий умаления того или иного блага. Если



ограничение гражданского права непропорционально достигаемому положительному эффекту для ценности более высокого порядка, такое ограничение противоречит Конституции РФ. Уже введенные ограничения гражданских прав должны постоянно мониториться на предмет определения их эффективности и отменяться при наличии данных об их тщетности или слабом эффекте.

Все шесть ценностей высокого порядка (основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства) сформулированы достаточно широко, что как с точки зрения юридической техники, так и с политико-правовой точки зрения открывает возможность для достаточно широкой дискреции законодателя. Критерии допустимости ограничений не имеют, да и, наверное, не могут иметь четких границ. Насколько сильно допустимо ограничить гражданские права ради защиты упомянутых ценностей, в значительной степени определяется чувством справедливости, интуитивно. Ясно, что такие ограничения не должны быть диспропорциональными. Это означает, что ценности, принципы и интересы, стоящие за ограничиваемыми гражданскими правами, не должны в своей значимости превышать те ценности, принципы и интересы, ради достижения которых соответствующие ограничения вводятся. Когда исчезает очевидность того, что ограничение гражданского права даст существенный эффект для достижения необходимых социальных целей, мы оказываемся за границей допустимого ограничения гражданских прав. Необходимость полноты действия гражданского права является презумпцией, бремя опровержения которой лежит на том, кто предлагает ограничить гражданское право.

Необходимо уточнить, что осуществление государственных функций вполне может являться незаконным ограничением гражданского права. Иными словами, если государственный орган осуществляет те или иные действия в рамках установленной компетенции, это еще не означает, что тем самым гражданские права не ограничиваются. В данном случае имеется презумпция законности действий государственного органа, поскольку это должно быть естественным в правильно организованном государственном управлении. Однако компетенция государственного органа, способ ее реализации могут не соответствовать или быть непропорциональными тем целям, ради достижения которых закон допускает ограничение гражданских прав. Поэтому как сама компетенция государственного органа, так и нормативные акты, конкретизирующие данную компетенцию, должны быть предметом судебного контроля *ex post*. Суд не должен уклоняться от проверки

законности установленной компетенции, ограничившись указанием на то, что соответствующий орган осуществляет государственные функции. Этот подход не отменяет и то обстоятельство, что коммерческая организация наделяется по существу государственной функцией, поскольку она сохраняет соответствующие гражданские права, которые охраняются законом.

Если ценности высокого порядка можно достичь посредством иных методов, нежели ограничение гражданских прав, предпочтение должно отдаваться таким методам.

Судебная практика пытается установить несколько более конкретные критерии пределов ограничения прав, однако они все равно остаются достаточно оценочными. Государство, обеспечивая баланс конституционно защищаемых ценностей и интересов, должно использовать не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные этими целями меры; публичные интересы, перечисленные в ч. 3 ст. Конституции РФ, могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, только если такие ограничения отвечают требованиям справедливости, являются адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей и вместе с тем не посягают на само существо права и не приводят к утрате его основного содержания. Например, ограничение прав недееспособных лиц, признанных таковыми вследствие психического заболевания, было признано несоразмерным ограничением, поскольку оно не предусматривает дифференциацию ограничений прав в зависимости от степени заболевания. Некоторые заболевания позволяют таким лицам участвовать в обороте, например совершать мелкие бытовые сделки (Постановление КС РФ от 27 июня 2012 г. № 15-П).

В другом случае незаконным было признано ограничение прав предпринимателей, установленное Правительством РФ. Нормативным правовым актом Правительства РФ хозяйствующие субъекты, не являющиеся газораспределительными организациями, были лишены права выполнять работы (оказывать услуги) по техническому обслуживанию и ремонту внутридомового и внутриквартирного газового оборудования. Установление требований к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных федеральным законом и необоснованно препятствующих осуществлению их деятельности, привело к ограничению гражданских прав этих хозяйствующих субъектов, устранению конкуренции в соответствующей сфере товарного рынка, лишило потребителей коммунальной услуги по газоснабжению свободного выбора контрагента по договору о техническом обслуживании и ремонте указанного газовой-

го оборудования. При этом ссылки представителей Правительства РФ на преследование цели безопасности были обоснованно отвергнуты судом с указанием на то, что суду не представлено доказательств того, что причиной роста числа несчастных случаев является ненадлежащее исполнение своих обязательств не газораспределительными организациями, а иными хозяйствующими субъектами, выполняющими работы (оказывающими услуги) по техническому обслуживанию и ремонту внутрисемейного и внутриквартирного газового оборудования (Решение ВС РФ от 10 декабря 2013 г. № АКПИ13-826).

Еще в одном деле суд признал незаконным положение Постановления Правительства РФ в той части, которая предусматривала, что восстановленный (вследствие утраты) проездной документ (билет) к возврату не принимается. При этом мотивом к такому решению послужило противоречие этого регулирования закону, а также комментируемому положению ГК РФ (Решение ВС РФ от 21 февраля 2007 г. № ГКПИ06-1433).

Сами по себе ограничения гражданских прав обычно заключаются в сокращении правомочий правообладателя, т.е. он оказывается не вправе реализовывать свое право во всей полноте. Между тем имеются также и примеры, когда ограничение права сводится, наоборот, к понуждению в осуществлении определенной, в том числе предпринимательской, деятельности. Так, например, если конкурсные процедуры не привели к определению соответствующего оператора универсальной связи для оказания услуг на определенной (например, отдаленной) территории, на оператора, занимающего существенное положение в сети связи общего пользования, возлагается обязанность оказания таких услуг на определенной территории, который не вправе отказаться от этой обязанности (п. 2 ст. 58 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»). Понуждение к предпринимательской деятельности в рыночной экономике представляется достаточно необычным методом обеспечения прав граждан (в данном случае — права на пользование универсальной связи). Однако это обстоятельство не вызвало возражений со стороны КС РФ (за исключением одного судьи) (Постановление КС РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П). В случае провалов рынка обеспечением прав и законных интересов граждан должно озаботиться государство, но не таким методом. Принуждение к экономической деятельности неэффективно и противоречит принципу автономии воли, а ограничение действия этого принципа названной нормой закона представляется непропорциональным. В таких случаях государство должно либо установить такие условия осуществления соответствующей деятельности, чтобы

она оказалась выгодной для предпринимателей, либо организовать эту деятельность за счет государственных структур, а не понуждать к ней коммерческие организации. Ведь если пойти дальше, то получается, можно, например, обязать обеспечить функционирование магазинов в отдаленных деревнях тех предпринимателей, которые имеют много магазинов в городах.

*(в) Оспаривание неправомерного ограничения*

Все субъекты гражданского права, чьи права ограничены, имеют право оспорить соответствующее ограничение. Если речь идет о федеральном законе, то его оспаривание возможно только в порядке конституционного судопроизводства, т.е. в КС РФ. Если речь идет о подзаконном акте, то он подлежит оспариванию в соответствии с установленной инстанционной подсудностью; также оспариваются и нормативные акты субъектов РФ или муниципальных органов.

Судебное решение тоже по существу может ограничить гражданские права, если ограничительное или расширительное толкование ведет к такому применению нормы, что гражданское право ограничивается. Формально-юридически считается, что ограничение установлено самим законодателем, а суд лишь выявляет его волю посредством анализа. В действительности в этом можно усмотреть правотворческую функцию судов, и тогда следует признать, что фактически ограничение вводится судом. Последнее не означает, что у субъектов гражданского права не имеется защиты против незаконного ограничения гражданских прав, поскольку инстанционная система судов позволяет обжаловать незаконные решения, причем нередко неоднократно. В судебной практике имеются случаи, когда решения постановляются со ссылкой на комментируемое законоположение и впоследствии являются предметом пересмотра вышестоящей инстанции, которая либо поддерживает нижестоящую судебную инстанцию, либо опровергает ее мотивы (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июня 2009 г. № 131).

### **3. Принцип добросовестности**

Принцип добросовестности является одним из ключевых принципов гражданского права. Данная идея нашла свое закрепление в комментируемом пункте с 1 сентября 2013 г. До этого добросовестность официально в ГК РФ общим началом гражданского права не называлась. Но то, что добрая совесть является принципом российского гражданского права, можно было легко вывести из системного толкования законодательства. Так, п. 2 ст. 6 ГК РФ предусматривал возможность разрешения вопроса, который не урегулирован ни законом, ни договором, ни обычаем и не может быть решен за счет аналогии закона,

на основе требований разумности, справедливости и *добросовестности*. Это означало делегацию судам возможности формировать неизвестные закону правила, выводя их из принципа доброй совести, и применять в конкретном споре (одна из классических функций принципа доброй совести (см. подробнее комментарий к ст. 6 ГК РФ)). Кроме того, с конца 2000-х гг. суды стали нередко упоминать принцип добросовестности в своих решениях.

Наконец, ст. 10 ГК РФ с 1995 г. запрещала злоупотребление правом, не упоминая, впрочем, связь этой доктрины и принципа добросовестности. *De facto* данная норма позволяла судам блокировать недобросовестное осуществление права, т.е. позволяла им реализовывать одну из классических функций принципа добросовестности. Вплоть до второй половины 2000-х гг. активное применение судами ст. 10 ГК РФ не наблюдалось, но ситуация стала меняться с конца 2000-х гг. Впрочем, до 2013 г. то, что злоупотребление правом представляет собой эманацию принципа доброй совести и является недобросовестным осуществлением права, прямо в Кодексе не провозглашалось, а связь идеи добросовестности и известной закону доктрины злоупотребления правом была предметом полемики.

Ситуация окончательно прояснилась в 2013–2015 гг. В результате а) появления в 2013 г. в ГК РФ нормы комментируемого пункта, закрепившей общее универсальное значение принципа добросовестности, б) внесения в п. 1 ст. 10 ГК РФ уточнения о том, что злоупотребление правом есть недобросовестное его осуществление, в) появления в 2015 г. в ГК РФ нормы п. 3 ст. 307 ГК РФ, согласно которой «[п]ри установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию», а также г) включения в ГК РФ в 2013–2015 гг. целого ряда других, более специальных норм, отразивших разные проявления принципа добросовестности и активно эксплуатирующих само понятие доброй совести (п. 5 ст. 166, п. 3 ст. 432, п. 4 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ и др.), принцип доброй совести окончательно уже на уровне буквы закона занял место одного из основных начал российского гражданского права.

Итак, согласно действующему российскому гражданскому законодательству все участники гражданских правоотношений на всех стадиях развития таких отношений (при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении обязанностей) должны действовать в соответствии с принципом доброй совести.

### 3.1. История принципа добросовестности

Идея добросовестности (*bona fides*) и выросшее из нее возражение о недобросовестности оппонента (*exceptio doli*) играли огромную роль в развитии римского частного права, позволяя преторам и судам добиваться уточнения, развития и преодоления формальных элементов строгого гражданского права во имя справедливости и в соответствии с изменением социально-экономического и культурного контекста древнеримского общества. Считается, что данные институты являлись одним из основных моторов обновления римского права через так называемое преторское право (*ius honorarium*). Сама идея доброй совести нередко ассоциировалась с понятием справедливости (*aequitas*).

Похожую функцию в английском праве выполняло на протяжении ряда веков так называемое право справедливости (*law of equity*), позволяющее судам справедливости корректировать формализм общего права (*common law*) по жалобам заинтересованных лиц; разница лишь в том, что до конца XIX в. в Англии право справедливости применял отдельный вид судебных институций, в то время как в римском праве по доброй совести и справедливости решали споры те же суды, которые применяли строгое гражданское право.

В 1804 г. добросовестность (*bonne foi*) при исполнении обязательств была упомянута в ГК Франции. В Австрии в рамках Австрийского гражданского уложения 1811 г. принцип добросовестности в широком формате не был закреплен, хотя ряд его положений упоминает «честное ведение дел» (§ 863 и 914). Но в XIX в., как отмечается в компаративно-исторической литературе, в тех странах, в которых добросовестность была закреплена в кодексах, эта идея активно не использовалась судами. То же касалось и объединенной Германии: в литературе можно обнаружить указания на то, что в последние десятилетия XIX в. доктрина *exceptio doli* применялась в практике Имперского суда в единичных случаях.

В ст. 1258 ГК Испании 1899 г. вслед за французским правом был закреплен принцип добросовестности при исполнении обязательств (должник обязан действовать не только согласно положениям закона, условиям договора и обычаям, но и в соответствии со стандартом доброй совести).

В 1900 г. в объединенной Германии принцип добросовестности при исполнении обязательств (*Treu und Glauben*) был закреплен в § 242 ГГУ. Кроме того, добросовестность была упомянута в § 157 ГГУ: толкование договора должна осуществляться с учетом принципа доброй совести. В § 226 ГГУ была запрещена шикана – осуществление гражданского права исключительно с целью причинить вред. Но, как

отмечается в литературе, особенного значения этим положениям разработчики не придавали, и поначалу эти нормы бурного применения не находили.

Важный шаг на пути расширения сферы применения идеи добросовестности, как минимум на уровне законодательных текстов, — ГК Швейцарии 1907 г., в ст. 2 которого была установлена универсальная обязанность всех участников оборота действовать добросовестно при исполнении обязанностей и осуществлении своих прав, а также запрещено явное злоупотребление своими правами (не только в форме шиканы).

Ключевой, переломный момент новой истории правовой концепции доброй совести — это 1920-е гг., когда в Германии принцип добросовестности стал крайне популярным инструментом, посредством которого судебная практика стала эволюционно развивать и корректировать позитивное право во имя обеспечения справедливости и разумности в условиях резкого изменения социально-экономического и культурного контекста в период после Первой мировой войны и катаклизмов, последовавших за этим. Целые пласты немецкого частного права были созданы и кардинально изменены в период с 1920 г. по настоящее время исключительно судами за счет активного применения принципа добросовестности, без какой-либо опоры на законодательные тексты, а нередко и вовсе *contra legem* (преддоговорная ответственность, сопутствующие подразумеваемые обязанности в рамках договорного правоотношения, расторжение договора при изменении обстоятельств и мн. др.). По замечаниям немецких юристов, случилось своеобразное бегство судов в общие оговорки, а по сути — революция судебного правотворчества. У этой истории были и черные страницы: в период национал-социализма апелляция к доброй совести и иным подобным «каучуковым» стандартам (вроде добрых нравов) помогала судам адаптировать догматику немецкого гражданского права к потребностям кровавого политического режима и чудовищной идеологии национал-социализма. Но показательно, что падение Третьего рейха не остановило и не дискредитировало эту методологию эволюционного развития права через освещенное принципом доброй совести судебное правотворчество. Просто теперь суды применяли добрую совесть на основе новой, социал-демократической ценностной платформы, отраженной в Конституции ФРГ. Том, в основном посвященный комментарию к судебной практике применения судами § 242 ГГУ о добросовестности при исполнении обязательств, в рамках одного из самых известных немецких комментариев к ГГУ (Staudinger) в 1961 г. насчитывал более 1500 страниц (!). Одновременно немецкая судебная практика в течение XX в.

активно развивала доктрину злоупотребления правом. Суды противодействовали не только шикане, прямо запрещенной в § 226 ГГУ, но и непоследовательному и противоречивому поведению при осуществлении права (*venire contra factum proprium*), и осуществлению права в обстоятельствах, когда это будет явно несправедливо и грубо нарушать баланс интересов сторон, и попыткам реализовать право, возникшее в результате недобросовестности или неправомерного поведения, или воспользоваться преимуществами в результате своего неправомерного или недобросовестного поведения.

Во многом под влиянием немецкого опыта к середине XX в. и во второй половине XX в. все новые и новые страны Европы и за ее пределами стали видеть в ранее «спавших» в своих национальных гражданских кодексах нормах о доброй совести, честной деловой практике и иных подобных, как ранее казалось, декларативных положениях формальную легитимацию попыток национальных судов развивать право, уточнять, дополнять и корректировать формальные элементы права.

В 1942 г. принцип добросовестности оказался широко представлен и в ГК Италии: ст. 1175 (требование честности / корректности (*correttezza*) поведения должника и кредитора по обязательству), ст. 1337 (требование добросовестного (*buona fede*) поведения при ведении переговоров и заключении договора), ст. 1366 (толкование договора согласно доброй совести), ст. 1374 (договор обязывает не только к тому, что указано в соглашении или законе либо следует из обычаев, но и к тому, что вытекает из справедливости) и ст. 1375 (исполнение обязательств в соответствии с доброй совестью). Доктрина и судебная практика также стали признавать институт злоупотребления правом (*abuso del diritto*), соотношение которой с общим принципом добросовестности вызывало жаркие споры в науке. После падения фашистского режима Муссолини эти нормы о добросовестности, честности и справедливости продолжали применяться (как отмечается в литературе, особенно активно начиная с 1970-х гг.).

В Испании в дополнение к закрепленному в изначальной редакции ГК Испании принципу добросовестности при исполнении договорного обязательств в 1970-е гг. в новой редакции ст. 7 Кодекса во многом под влиянием немецкого и швейцарского опыта было закреплено требование добросовестного осуществления права и установлен запрет на злоупотребление правом.

В дополнение к ряду норм Австрийского гражданского уложения 1811 г., говорящих о честном ведении дел, австрийские суды во второй половине XX в. стали использовать немецкий концепт *Treu und Glauben*,



а также начали активно применять не прописанную в ГК концепцию злоупотребления правом (*Rechtsmissbrauch*).

В 1992 г. голландский законодатель идет еще дальше, закрепляя в ст. 6:2 и 6:248 ГК Нидерландов положения о том, что все нормы и правила, применимые к отношениям сторон в силу закона или условий договора, могут быть не применены судом в той степени, в которой это несовместимо с принципами разумности и справедливости. Понятие «разумность и справедливость» — это голландский аналог идеи добросовестности как стандарта поведения. При этом согласно ст. 3:12 того же Кодекса при определении того, что требует принцип разумности и справедливости в конкретной ситуации, необходимо принять во внимание общепризнанные принципы права, основные правовые концепции голландского права, а также релевантные общественные и индивидуальные интересы. Более того, в ст. 3:13 ГК Нидерландов закреплен запрет на злоупотребление, и при этом указано, что злоупотребление правом имеет место, в частности, а) в ситуациях реализации права исключительно в целях причинения вреда другому лицу либо б) в целях, отличных от тех, ради реализации которых право предоставлено, а также в) в случаях, когда осуществление права должно быть заблокировано или временно отсрочено в связи с тем, что нарушается баланс между интересами, преследуемыми за счет реализации права, и интересами тех, кто страдает в результате реализации права.

В 1999 г. в Швейцарии принцип добросовестности поднялся на конституционный уровень: в п. 3 ст. 5 Конституции было установлено, что все частные лица и даже государственные органы должны действовать добросовестно.

Постепенно активизировались и французские суды, которые во второй половине XX в. куда чаще стали использовать принцип добросовестности, закрепленный в 1804 г. в Кодексе Наполеона. Из доброй совести суды стали, в частности, выводить целый пласт дополнительных обязанностей сторон договора. В течение XX в. французские суды начали активно использовать доктрину злоупотребления правом (*abus de droit*), соотношение которой с принципом доброй совести вызывало споры в доктрине. Запрет на злоупотребление правом применялся судами как в области вещного права, так и в обязательственном праве. В 2016 г. в ст. 1104 ФГК принцип доброй совести был закреплен более универсальным образом: стороны в соответствии с принципом доброй совести должны не только исполнять обязательства, но и вести переговоры, а также заключать договоры.

Особенно показательно то, что в середине XX в. понятие доброй совести под влиянием одного из главных разработчиков Единообразного

торгового кодекса США Карла Ллевеллина, черпавшего вдохновение в этом вопросе опять же в немецком праве, проникает в право США (запрет на недобросовестные договорные условия, требование исполнения договора по доброй совести и т.п.).

По сути, во второй половине XX в. идея добросовестности приобрела в праве многих зарубежных стран то значение, которое идеи доброй совести и справедливости имели в период развития римского права. В большинстве континентально-европейских стран принцип доброй совести (либо его тот или иной функциональный аналог) как требование исполнять обязанности и осуществлять права согласно доброй совести (справедливости, честности и т.п.) сейчас признается и применяется более или менее интенсивно. Недобросовестное осуществление права во многих странах характеризуется как злоупотребление правом.

Далеко не во всех странах право использует для обозначения объективного стандарта честного, справедливого поведения, которому должны следовать участники оборота и кристаллизацию которого закон доверяет судам, именно выражение «добрая совесть» (местные языковые кальки с римской «bona fides»). Кальку с римского термина «bona fides» используют, например, во французском праве («bonne foi») и испанском праве («buena fe»), но некоторые другие правовые порядки употребляют эвфемизмы, имеющие по существу тот же смысл. Так, в Голландии вместо доброй совести как требуемого объективного стандарта поведения в гражданских правоотношениях говорят о разумности и справедливости (redelijkheid en billijkheid), а в Германии — о доверии и вере (Treu und Glauben). В законодательстве Италии в одних нормах употребляется термин «добрая совесть» («buona fede»), а в других — эвфемизм — «корректность / честность» («correttezza»). Международные акты унификации частного права в основном используют оборот «good faith and fair dealing» («добросовестность и честная деловая практика»). Он проник в Принципы УНИДРУА (ст. 1.7) под влиянием американских профессоров и американских традиций увязывания доброй совести и честной деловой практики. Этот оборот впоследствии был взят на вооружение в Модельных правилах европейского частного права (см. ст. I.—1:103, III.—1:103, III.—1:104). Согласно ст. III.—1:103(1) Модельных правил европейского частного права «[п]ри исполнении обязанностей, при осуществлении права на исполнение, при использовании мер защиты от нарушения и возражений против таких мер защиты или при осуществлении права на прекращение обязанности или договорных отношений все лица обязаны действовать в соответствии с требованиями добросовестности и честной деловой практики».

В принципе, выбор конкретного термина особой роли не играет. Все они примерно равнозначны функционально, и в компаративной литературе римская «bona fides» и ее принятые в разных странах Европы кальки (итал. — «buona fede», франц. — «bonne foi», исп. — «buena fe» и т.п.), немецкое выражение «Treu und Glauben» («доверие и вера»), голландское «redelijkheid en billijkheid» («разумность и справедливость»), используемый в ГК Италии наравне с «доброй совестью» термин «correttezza» («корректность / честность»), встречающееся в ряде норм Австрийского гражданского уложения словосочетание «redlicher Verkehr» («честное ведение дел»), принятый в международных актах унификации оборот «good faith and fair dealing» («добрая совесть и честная деловая практика»), российская «добросовестность», как правило, воспринимаются как синонимы.

В широком формате принцип доброй совести пока не признается в английском праве, хотя многие частные решения, которые в Германии и ряде континентально-европейских стран позволяют обосновать принцип доброй совести, в английском праве выводятся из самостоятельных частных доктрин, многие из которых уходят своими корнями в право справедливости (различные варианты эстоппеля, подразумеваемые условия договора, доктрины недолжного влияния и экономического принуждения, доктрина тщетности контракта и т.п.). Кроме того, идея доброй совести проникла в ряд областей английского частного права (например, договоры страхования, потребительские сделки, трастовое право и т.п.). В то же время в Англии на настоящий момент идут активные дискуссии ученых и судов на тему целесообразности генерализации идеи добросовестности в частном праве на европейский манер. Пока, несмотря на некоторые попытки признания универсализма идеи доброй совести отдельными нижестоящими судами, на уровне практики Верховного суда Великобритании побеждает консервативный подход.

Как мы видим, в некоторых странах принцип доброй совести закреплен в законе предельно универсально (например, Италия, Испания, Голландия, Швейцария), в других он установлен с более узкой сферой применения (например, Германия, в законодательстве которой формально не закреплено требование добросовестного поведения за рамками обязательственного права и не установлен генеральный запрет на недобросовестное осуществление права, за исключением шиканы), в третьих он вовсе не выведен в кодекс. Но текст закона далеко не всегда адекватно отражает реальное состояние права. Например, в Германии, несмотря на фрагментарное закрепление в ГГУ идеи добросовестности, она имеет колоссальное практическое зна-

чение в реальной судебной практике. В ряде стран (например, в Австрии) данный принцип в ГК не закреплен, но относительно активно используется (хотя, по замечанию некоторых компаративистов, и не так активно, как в Германии). В других же он закреплен в ГК, но суды прибегали к нему достаточно осторожно (например, в некоторые периоды истории развития французского права).

По большому счету интенсивность применения принципа доброй совести на практике не предопределяется формулировками закона — преимущественное значение имеют психологическая готовность судов отступать от формализма в правоприменении во имя более справедливого исхода, неформальное понимание пределов институциональной компетенции судов на nive правотворчества, активность или пассивность законодателя в деле оперативного обновления гражданского законодательства, интенсивность социально-экономических и культурных подвижек в обществе и ряд других факторов. Тем не менее нельзя отрицать, что внедрение этого понятия в текст гражданского кодекса может иметь символическое, экспрессивное значение, стимулировать суды к более творческому подходу к разрешению споров и сказаться на интенсификации практики применения данного принципа.

Нередко одни и те же проблемы могут быть решены как посредством применения принципа добросовестности, так и за счет неких иных, сугубо догматических манипуляций (пусть иногда и кажущихся искусственными). Так, например, в одних странах утрату права в связи с его длительным неосуществлением, создающим у другой стороны разумные ожидания в отношении того, что право использовано не будет, суды могут обосновать при отсутствии специальных норм на сей счет путем отсылки к доброй совести или злоупотреблению правом, а в других — разработать фикцию пассивно-конклюдентного, подразумеваемого отказа от права, т.е. придать бездействию сделочное значение. Или, например, активное поведение стороны, знающей о своем праве на оспаривание сделки, из которого следует ее желание продолжать исполнять сделку, в одних странах может восприниматься как подразумеваемый отказ от права на оспаривание или особая сделка подтверждения оспоримой сделки, а в других того же результата могут добиваться за счет признания попытки оспорить сделку после того, как поведение истца создало у партнера основания считать, что сделка оспорена не будет, явным злоупотреблением правом, т.е. недобросовестным его осуществлением. В одних странах восполнение договора дополнительными обязанностями или конкретизация закрепленных договорных обязательств во имя более справедливого и разумного содержания договорного правоотношения могут осуществляться за счет

доктрины подразумеваемых условий или ухищрений на nive толкования воли сторон, а в других в этих целях суд обратится к доброй совести. Таких примеров большое множество.

### **3.2. Добросовестность, нравственность и справедливость**

Добрая совесть за рамками правового дискурса, по сути, является категорией нравственной, но мораль шире и охватывает ряд предписаний, которые не могут быть обозначены как проявления доброй совести. Например, нравственность может противиться продаже органов для трансплантации или продаже тел умерших людей родственниками последних, проституции, использованию ненормативной лексики в присутствии детей или возмездному суррогатному материнству, но вряд ли здесь уместно говорить о нарушении нравственного принципа добросовестности. О таких явлениях можно спорить в контексте понятий нравственности и морали (нередко здесь используется понятие «добрые нравы»), но добрая совесть здесь ни при чем. То же касается и споров о таких нравственных достоинствах и пороках, как храбрость и трусость, щедрость и жадность, принципиальность или оппортунизм, любовь и безразличие, трудолюбие и лень и т.п.

Но в рамках общественной морали есть домен, который охватывается понятием «справедливость». В рамках настоящего комментария нет никакого смысла погружаться в сложнейший вопрос моральной философии и препарировать этот культурный концепт. Данное понятие имеет множество разных оттенков. Со времен Аристотеля и его идей, отраженных в знаменитой «Никомаховой этике» и затем доработанных Фомой Аквинским в «Сумме теологии» в эпоху Средневековья, выделяют, в частности, дистрибутивную справедливость и коммутативную (корректирующую) справедливость. Дистрибутивная справедливость оценивает правильное, должное распределение общественных благ и обременений среди граждан в соответствии с достоинствами, заслугами каждого гражданина. Например, дистрибутивная справедливость оказывается в центре дискуссий о справедливости распределения дефицитных благ, налогообложения, субсидий или льгот для отдельных отраслей экономики, предприятий и граждан, справедливости освобождения женщин от службы в армии и т.п. Дискуссия о социальной справедливости, сословных привилегиях, передаче состояния по наследству, экономическом неравенстве также представляет собой ответвление от дискурса о дистрибутивной справедливости.

Корректирующая (коммутативная) справедливость определяет должный, социально оптимальный формат горизонтальных экономических отношений между индивидуумами, обеспечивающий баланс их прав и интересов, эквивалентность отношений в рамках добровольных

и недобровольных трансакций. Например, во многом именно корректирующая справедливость требует возмещения неосновательного обогащения, восстановления нарушенного права за счет возмещения ущерба деликтным иском, запрета эксплуатации стечения тяжелых обстоятельств при совершении сделок, а некоторые считают несправедливым как таковое взимание цены, существенно отличающейся от рыночной. Корректирующая справедливость требует восстановления и поддержания имущественного *status quo*.

Нередко выделяют также и ретрибутивную справедливость как идею, оценивающую должный уровень воздаяния за правонарушения. В этом контексте мы спорим о справедливой мести, справедливости смертной казни и т.п.

Идея формального равенства людей перед законом («равному равное») и споры об оправданности тех или иных отступлений от этого постулата также относятся к домену справедливости. Например, вопрос об этических достоинствах и недостатках патерналистской опеки слабой стороны договора и ограничения свободы договоров, заключенных с такой слабой стороной (например, трудовых или потребительских договоров), — это также вопрос справедливости.

Процедурная справедливость оценивает честность, сбалансированность, открытость процедуры разрешения споров, тех или иных процедурных «правил игры». Например, неприятие ретроспективного действия новых законов, вводящих основания для публично-правовой ответственности, является проявлением наших представлений о процедурной справедливости законодательства. Гарантия беспристрастного рассмотрения судебных споров с предоставлением каждой из сторон равных возможностей представить свою позицию, привести доказательства в ее пользу и быть внимательно выслушанной кажется нам важнейшим элементом нормальной правовой жизни в силу того, что такое положение вещей видится нам соответствующим справедливости. Это же можно сказать и о многих правилах распределения бремени доказывания, учитывающих, возможно, неравный доступ сторон к соответствующим доказательствам.

Существует и множество иных оттенков понятия «справедливость». Многие из них между собой тесно переплетены. В основном все они артикулируют наши представления о равенстве, свободе, балансе индивидуальных и коллективных интересов и иных параметрах социально оптимального взаимодействия людей между собой и с государством (а также государств между собой).

В этих условиях ответ на вопрос о том, что есть справедливость, крайне затруднителен. Сотни философов от Платона до Джона Рол-

за на протяжении тысяч лет пытаются определить справедливость, и до сих пор никакого консенсуса нет. Мыслители приходят зачастую к прямо противоположным пониманиям идеи справедливости – достаточно сравнить работы Карла Маркса и Герберта Спенсера. Это понятие носит «сущностно оспариваемый характер» и предопределяется нашими ценностными установками, так как у людей могут быть принципиально разные представления об оптимальном устройстве общества. Мы, видимо, никогда не сможем раз и навсегда договориться о конкретном понимании справедливости, так как мораль и ценности не априорны, а относительны и меняются под воздействием времени, политических, социальных, экономических, религиозных, биологических и иных факторов. То, что кажется не просто моральным долгом, а наивысшей добродетелью у одних народов (например, отмщение по принципу кровной мести у народов, живущих на догосударственной стадии развития), может отторгаться и представляться неприемлемым у других. То, что казалось справедливым в прежние времена (например, рабство или дуэльная дворянская этика XVII–XIX вв.), представляется неприемлемым и даже вызывает отвращение в современном мире. Непреложное сейчас будет, возможно, подвергнуто осмеянию через тысячу лет.

Безусловно, можно попытаться найти какие-то самые базовые представления о справедливости, которые остаются неизменными на протяжении последней пары тысяч лет, но если копнуть глубже, заглянуть за рамки неолитической революции и перенестись в мрачные долгие времена, когда на протяжении десятков тысяч лет охотники и собиратели вида *homo sapiens*, мигрируя из Африки вдоль морских берегов и уходя вглубь континентов, заселяли нашу планету, развивали технологии и формировали зачатки человеческой культуры, то, возможно, многие и из этих, казалось бы, непреложных ценностей не будут обнаружены. Нельзя исключить, что через те же 10–20 тысяч лет в будущем те самые краеугольные идеи справедливости, которые кажутся непреложными в большинстве цивилизованных обществ сейчас, также претерпят серьезные изменения или вовсе поменяют вектор на противоположный в свете развития технологий, культуры и социально-экономической среды.

Для одних справедливость – это равная степень свободы и формальное правовое равенство с теми ограничениями и отступлениями от первой и второго, которые являются уместными с этической точки зрения. Для других на первый план выходит идея социальной справедливости и экономического равенства вплоть до реализации коммунистических утопий. Разрешить эти споры затруднительно на основе

чисто научного беспристрастного анализа, как, впрочем, и любой спор о ценностях и иных нормативных убеждениях, так как мы здесь находимся не в области научного познания позитивной реальности, а в области дискуссий о должном, о нормативном.

Все эти ипостаси многоликого понятия справедливости объединяет одно, а именно поиск оптимального формата социальных отношений, некоего баланса прав и интересов членов общества, который обеспечивал бы наилучший способ построения социальной жизни. Вряд ли уместны споры о справедливости в мире Робинзона Крузо, одиноко живущего на необитаемом острове (хотя и здесь кто-то может увидеть аспекты справедливости в плане взаимодействия нашего героя с биосферой острова), но как только на острове появляется Пятница и возникают социальные отношения, заявляют о себе вопросы о справедливости.

Можно ли сказать, что «добрая совесть» является синонимом «справедливости»?

Многие века эти выражения использовались как синонимы, но иногда в трудах философов и юристов возникали те или иные тонкие семантические различия. Данный вопрос семантики не столь прост. Возможно, понятие справедливости в нашем повседневном языке шире понятия добросовестности. Как представляется, дистрибутивную справедливость трудно сопоставить с доброй совестью. Вряд ли мыслимо говорить о недобросовестности предоставления налоговых льгот отдельным категориям граждан; есть основания обсуждать справедливость таких льгот, но добрая совесть вряд ли может использоваться в подобных спорах. Если обобщить, закон может быть несправедливым, но не может быть недобросовестным. Недобросовестным может быть лишь несправедливое поведение людей в отношении друг друга, в том числе и при попытке воспользоваться правами, предоставленными несправедливым законом. Добросовестность — это стандарт человеческого поведения в рамках горизонтальных социальных отношений, т.е. по отношению друг к другу. При таком подходе любое недобросовестное поведение есть поведение несправедливое, а то, что требует добрая совесть, представляет собой стандарт справедливого поведения; но далеко не всегда верно обратное: в ряде ситуаций мы можем обсуждать тот или иной вопрос через призму справедливости или несправедливости, но использование в данном отношении масштаба доброй совести в нашем языке будет некорректно, поскольку будет нарушать конвенциональную семантику данного термина.

Стоит ли на этом остановиться и считать, что там, где речь идет как минимум о справедливости или несправедливости поведения одних



лиц в отношении других (т.е. о справедливости горизонтального социального взаимодействия), можно говорить о добросовестности или недобросовестности? Может показаться логичным ответить на этот вопрос утвердительно. Если лицо по ошибке получило на свой счет платеж, было бы несправедливо и недобросовестно по отношению к плательщику отказать в возврате денег. Если ты получил товар и не исполнил свое обещание заплатить за него без какой-то уважительной причины, это в высшей мере несправедливо и недобросовестно. Взимание ростовщических, предельно высоких процентов по займам может некоторыми юристами оцениваться как нечто несправедливое и в связи с этим объявляться недобросовестным. Виновное причинение вреда здоровью или имуществу ближнего по справедливости требует соразмерного денежного или натурального возмещения, и отказ в таком противоречит доброй совести.

Но, возможно, не стоит спешить с выводами. Если обратить внимание на то, какой смысл как минимум юристы придают понятию добросовестности, то становится очевидным, что речь, как правило, идет о требовании такого поведения, которое носит просоциальное, альтруистическое значение. При данном прочтении добрая совесть приобретает определенное нормативное содержание, фиксируя минимальный уровень альтруизма и учета интересов ближнего, который наша мораль требует от граждан и иных участников оборота. В этом понимании добрая совесть обозначает ограничитель эгоистического, индивидуалистического начала нашей человеческой природы и требование проявлять тот или иной уровень солидарности, попечения об интересах ближнего. Могут заявить, что справедливость требует не только солидарности, но и должного уровня уважения индивидуальности личности, свободы и автономии воли (например, попытка добиться от ближнего неадекватного уровня альтруизма может быть также обозначена как несправедливость), но такое требование нельзя признать вытекающим из идеи добросовестности. Действительно, история концепции доброй совести в XX в. демонстрирует, что в большинстве случаев добрая совесть в праве использовалась именно в значении ограничителя эгоизма и источника требований просоциального, альтруистического поведения.

Но, возможно, это результат того, что гражданское законодательство XIX в. в европейских странах отражало во многом индивидуалистический, прорыночный пучок ценностей (святости договора, автономии воли, абсолюта частной собственности и т.п.), и концепт доброй совести, как правило, использовался в праве в XX в. в целях преодоления судами этих рамок, смягчения формальных догм и про-

ведения в праве ценностей социал-демократических. Иначе говоря, возможно, увязка идеи доброй совести с требованием просоциального поведения предопределена спецификой истории права на коротком отрезке времени, а по существу разграничивать добрую совесть и справедливость в социальных «горизонтальных» отношениях между людьми не стоит.

Действительно, добросовестность как ограничитель свободы осуществления прав может быть концептуализирована в качестве инструмента обеспечения минимальной степени солидарности в обществе. Но если мы будем брать семантику доброй совести в правовом дискурсе, то легко увидим, что далеко не всегда добрая совесть как-то жестко увязана с идеей просоциальности. Например, используемый во многих странах принцип толкования контракта по доброй совести предполагает просто выбор наиболее справедливой интерпретации спорного и неоднозначного условия договора, балансирующей интересы сторон. Равным образом и практикуемое во многих странах восполнение договора дополнительными правами и обязанностями, а также исключениями из согласованных правил на основе принципа доброй совести, скорее, пытается нащупать наиболее справедливое и сбалансированное решение (далеко не всегда это будет решение, максимизирующее просоциальность, — это может быть и такое решение, которое обеспечивает большую автономию).

В общем, вопрос состоит в том, имеется ли у идеи добросовестности как у нравственного концепта некое самостоятельное специфическое содержание, или она оказывается тождественной идее справедливости горизонтальных отношений людей в обществе. Как мы видим, этот вопрос не вполне однозначен, и разрешить его на почве семантического анализа непросто. Используемые в языке понятия не имеют априорного смысла, приданного им неким высшим разумом или природой вещей. В ходе развития речи формируется некая традиция придания тем или иным выражениям определенных значений, и все вышесказанное просто представляет собой попытку описать то, что люди, как правило, имеют в виду, говоря о доброй совести и справедливости. Более того, вполне возможно, что в праве термин «добросовестность» может несколько изменить свое значение (см. п. 3.4 комментария к настоящей статье).

### ***3.3. Добросовестность и социальная практика и обычаи***

Как определить, чего требует добрая совесть или справедливость? Некоторые скажут, что необходимо оценить то, как принято себя вести в обороте в данной стране в настоящее время. При данном подходе добрая совесть сливается отчасти с таким понятием, как обычай.

С этим сложно согласиться. Безусловно, оценивать социальные практики при определении справедливости поведения людей стоит. Но, во-первых, зачастую никакой сложившейся практики поведения по данному вопросу нет. Во-вторых, информация о такой практике в виде качественно проведенных социологических исследований может быть недоступна, а полагаться на слухи, стереотипы, ограниченный личный социальный опыт и т.п. — не самый надежный способ рефлексии о справедливости. В-третьих, что самое главное, из сущего в принципе должное не выводится: социальная практика не является мерилom должного, так как в обществе может быть принято многое из того, что большинство членов данного общества считает порочным (например, люди могут осознавать, что коррупция — это зло, но продолжать давать взятки сотрудникам дорожной полиции). В-четвертых, в сложном устроенном современном плюралистическом и динамично развивающемся обществе по многим вопросам может отсутствовать этический консенсус. Так, например, то, что может считаться справедливым в мусульманской культуре, покажется неприемлемым в секулярном прозападном культурном контексте, основанном на гуманистических и индивидуалистских принципах, и наоборот. При этом в одной и той же стране эти культуры могут сосуществовать и доминировать на отдельных территориях. Наконец, в-пятых, в обществе может не только практиковаться, но считаться этически приемлемым то, что может быть абсолютно чудовищно. Тот факт, что в каком-то обществе большинство считает справедливыми смертную казнь, дискриминацию национальных, расовых или сексуальных меньшинств или представителей того или иного пола, обман иностранца на рынке, периодические порки при воспитании детей, побивание камнями изменивших мужьям жен, женское обрезание, неуплату налогов, преследование людей за провокационные арт-проекты, политическую и художественную цензуру и т.п., не мешает как отдельным представителям этого общества, так и сторонним наблюдателям возражать и настаивать на порочности этих практик и воззрений.

Таким образом, принятое в обществе поведение, конечно же, может быть неким внешним проявлением социального консенсуса в отношении справедливого и добросовестного и подсказывать индивиду, оценивающему справедливость того или иного поведения, правильный ответ на свой вопрос, но эта связь может и отсутствовать, люди могут верить в одно, а в силу ряда причин делать другое. Но важнее то, что, когда вопрос справедливости нас интересует не в своей социологической ипостаси, а разрешается как вопрос этики, он всегда оказывается спором о ценностях, о нормативном (что должно), а не позитивном

(что есть), и поэтому даже доминирование в обществе каких-то взглядов не мешает нам иметь свое субъективное восприятие справедливости, а при наличии возможности — проводить эти свои убеждения в жизнь, пытаясь склонить общество на свою сторону. История знает множество примеров, когда буквально один убежденный человек переламинавал общественный консенсус по вопросам морали. Одиноким диссидент сегодня объявляется святым и родоначальником нового этического консенсуса завтра, а предмет массового культа и тотального консенсуса, против которого выступали лишь единицы смельчаков, буквально через несколько десятков лет может превратиться в предмет национального стыда и покаяний. В праве вопрос о справедливости или добросовестности понимается именно в данном нормативном смысле, о чем речь пойдет ниже.

#### ***3.4. Добросовестность как правовая концепция: стандарт поведения***

Выше речь шла о доброй совести как концепте культуры и нравственности, но какое значение это понятие имеет в сфере права? Здесь мы также сталкиваемся с целым рядом сложностей.

В праве добросовестность может обозначать целый ряд различных связанных между собой феноменов. То, что имеется в виду в п. 3 ст. 1 ГК РФ, — это добросовестность как правовой стандарт поведения. Норма требует от участников гражданских правоотношений некоего поведения, а от судов — кристаллизации и проведения в жизнь неких правил. Но о каком поведении и о каких правилах идет речь?

В п. 3.2 комментария к настоящей статье было указано, что узкое прочтение понятия добросовестности описывает этическое требование проявлять соответствующий нашим представлениям о справедливости уровень просоциального, альтруистического поведения, честности и уважения интересов ближних, общества в целом и государства при принятии решений. Но в нашей обыденной речи добросовестность может пониматься и шире — как аналог справедливого поведения людей по отношению друг к другу безотносительно к просоциальной или индивидуалистической направленности такого поведения. Однозначный ответ на данный вопрос в контексте конвенциональной семантики нашего языка, как было показано, найти сложно.

Как бы то ни было, преломляясь в праве, понятие доброй совести претерпевает определенную кристаллизацию, что позволяет говорить, что правовой концепт добросовестности может несколько отличаться от нравственного.

Во-первых, по мере развития практики применения принципа добросовестности как стандарта поведения и обнаружения креативного потенциала данного принципа как инструмента легитимации

судебного вовлечения в процесс развития права удержать смысловое содержание доброй совести в сколько-нибудь ограниченных рамках становится проблематичным. Нередко справедливость требует отступления от формализма не только в целях обуздания человеческого эгоизма и обеспечения желательного уровня просоциального поведения, но и в рамках реализации других политико-правовых задач. Право должно не только стимулировать просоциальное поведение, но и обеспечивать иные аспекты справедливости, а также реализовывать иные цели права (стремиться к обеспечению формального равенства, приемлемого уровня свободы выбора, держать в узде транзакционные издержки и обеспечивать экономическую эффективность, иногда воплощать соображения дистрибутивной справедливости, быть реализуемым с учетом известных процессуальных ограничений и социально-экономических реалий и т.п.). Иначе говоря, оптимальное регулирование предопределяется балансированием и оценкой целого набора политико-правовых факторов, нередко разнонаправленных и несоизмеримых. Социальный идеал – концепт многокомпонентный.

Есть основания думать, что суды, применяя принцип добросовестности, учитывают и могут учитывать все многообразие политико-правовых соображений об оптимальном содержании права. Например, п. 1 ст. 10 ГК РФ устанавливает, что недобросовестное осуществление права может иметь место в случае обхода закона. Но нередко обход закона состоит не в причинении ущерба конкретному лицу: злоупотребить правом могут обе стороны сделки, а «жертвой» злоупотреблений оказываются публичные интересы, интересы широкого круга третьих лиц, национальная безопасность и другие объекты правовой защиты. Например, стороны могут действовать с целью обхода правил о госзакупках или пытаться недобросовестно обойти запрет на приобретение иностранцами земель в приграничных районах страны. Нередко в такого рода случаях трудно говорить о попытке судов установить минимум альтруистического и просоциального поведения. Применяя принцип доброй совести, суды могут обеспечивать трансляцию в правовую сферу политико-правовых соображений разного рода. И в итоге стандарт правовой добросовестности может даже выйти за конвенциональные рамки понятия «справедливость» и вобрать в себя политико-правовые оттенки иного рода (например, соображения защиты публичных интересов).

Иначе говоря, применение принципа доброй совести судами в данном контексте постепенно приобретает черты универсального инструмента легитимации судебного правотворчества в целях уточнения, развития и ограничения формальных элементов права (см. подробнее

п. 3.10 комментария к настоящей статье). Недаром в ряде стран сам этот «пароль», который суды должны произносить для обоснования своего отхода от механического правоприменения, обозначается не как «добрая совесть», а как «разумность и справедливость» (например, Голландия), да и в России в контексте, например, восполнения пробелов в законе ст. 6 ГК РФ говорит о необходимости обоснования судами своего решения принципами добросовестности, справедливости и разумности.

Определение идеи добросовестности в праве, которое закреплено в ст. I.—1:103 Модельных правил европейского частного права, таково: термин «добросовестность и честная деловая практика» означает стандарт поведения, характеризующийся честностью, открытостью и уважением интересов другой стороны сделки или соответствующего правоотношения. Но в свете сказанного выше, возможно, данное определение несколько заужено: добросовестность в праве требует не только уважения интересов другой стороны, но и общества в целом и координации своего поведения с тем социальным идеалом, который представляется уместным реализовывать в праве на данном историческом этапе в конкретном государстве с учетом достойных поддержки традиций и условий жизни данного общества.

То же замечание следует сделать и в отношении определения доброй совести, закрепленного в абзаце третьем п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, в котором указано следующее: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации». Данное определение, безусловно, не вполне точное, так как нередко недобросовестность проявляется не в игнорировании интересов «другой стороны», а в ущемлении публичных интересов или интересов широкого круга третьих лиц.

Во-вторых, добрая совесть задает тот стандарт поведения, которого требует не просто наша мораль, а *право*. Право освещает силой государственного принуждения не все, что может показаться справедливым или несправедливым нам. Право не требует от людей всего того, что может требовать мораль. Оно задает некую черту, переступить которую не позволяют право и суд, наделенный правом соответствующей властью. Право не может превратить людей в ангелов — оно лишь должно удерживать их от скатывания до животного состояния и предотвращать разрыв социальной общности. Как саркастически замечал известный французский правовед Жан Карбонье, было бы странным, если бы

право превращало договор в брачные отношения. Например, наше чувство справедливости может негативно оценить поведение состоятельного человека, который не дал заем родственнику, попавшему в сложное материальное положение, но право вряд ли будет его карать.

Добросовестность как стандарт поведения и как источник выведения судами конкретных правил позволяет реализовывать заслуживающие охраны и воплощения в праве интересы индивидов, общества в целом и государства в тех ситуациях, когда конкретные нормы закона, условия сделки или иные формальные элементы права не справляются с этой задачей. Было бы, видимо, логично исходить из того, что *добросовестность как правовой концепт требует проведения в жизнь заслуживающих правового воплощения правил, соответствующих соображениям разумности и справедливости.*

Нередко для описания добросовестности как стандарта поведения в обороте, кристаллизация и проведение в жизнь которого доверяются судам, говорят о добросовестности в объективном смысле, чтобы (как считают многие юристы, неоправданно) отличить ее от добросовестности в субъективном смысле, обозначающей в ряде стран, и в России в том числе, извинительное незнание о тех или иных обстоятельствах в случаях, когда право такому незнанию придает правовое значение (см. п. 3.5 комментария к настоящей статье).

### ***3.5. Добросовестность как извинительное незнание о тех или иных обстоятельствах***

В ряде стран (в основном романской правовой традиции) термин «добросовестность» может обозначать извинительное незнание индивида о тех или иных имеющих правовое значение фактах. Иногда в этом контексте говорят о добросовестности в субъективном смысле, чтобы отличить ее от добросовестности в объективном смысле как стандарта поведения. Например, принято говорить о добросовестном приобретении права собственности от неуправомоченного отчуждателя: таким образом обозначают ситуацию, когда приобретатель не знал и не мог знать о том, что приобретает вещь у лица, не являющегося собственником и не имеющего распорядительной власти над вещью. Согласно ст. 302 и п. 2 ст. 223 ГК РФ при условии соблюдения ряда иных условий это позволяет приобретателю рассчитывать на приобретение права собственности от неуправомоченного отчуждателя и отклонение заявленного к нему виндикационного иска собственника.

Согласно абзацу второму п. 2 ст. 335 ГК РФ, если вещь передана в залог залогодержателю лицом, которое не являлось ее собственником или иным образом не было надлежаще управомочено распоряжаться имуществом, о чем залогодержатель не знал и не должен был знать

(добросовестный залогодержатель), собственник заложенного имущества имеет права и несет обязанности залогодателя, предусмотренные ГК РФ, другими законами и договором залога. Иначе говоря, закон предусматривает приобретение права залога от неуправомоченного залогодателя по добросовестности.

Другой пример: согласно ст. 234 ГК РФ длительное добросовестное владение чужой вещью может открыть владельцу доступ к приобретению права собственности на основании приобретательной давности. По мнению высших судов, субъективная добросовестность здесь обозначает то, что владелец не знал и не должен был знать об отсутствии у него оснований для приобретения права собственности (п. 15 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

В контексте правила п. 1 ст. 174 ГК РФ при оспаривании сделки, совершенной директором юридического лица с нарушением установленных в уставе или иных внутренних документах организации ограничений, подлежит установлению то, знал ли или должен был ли знать контрагент о таком нарушении. Юристы в данной ситуации говорят о субъективной добросовестности контрагента, имея в виду извинительное незнание о нарушении директором организации таких «внутренних» ограничений и, соответственно, прав ее участников или учредителей, такие ограничения установивших.

Имеет значение феномен извинительного незнания и в контексте применения правил п. 2 ст. 189 ГК РФ о защите видимости полномочий. Право защищает доверие контрагента, которому был предъявлен оригинал доверенности, о прекращении которой он не знал и не должен был знать: в такой ситуации, несмотря на то что полномочия формально прекратились (например, в связи с отзывом доверенности), сделка, совершенная экс-представителем, будет связывать экс-представляемого. И в такой ситуации нередко принято говорить о субъективной добросовестности.

Этот вопрос встает и при оспаривании сделки, совершенной без необходимого в силу закона согласия третьего лица (ст. 173.1 ГК РФ), и при определении возможности обратить взыскание на арестованное имущество, отчужденное должником из-под ареста третьему лицу (п. 2 ст. 174.1 ГК РФ), и во многих иных ситуациях. Примеры увязывания законом тех или иных правовых последствий с извинительным незнанием или, наоборот, фактическим либо вменяемым знанием о тех или иных имеющих правовое значение фактах можно продолжать, но в этом вряд ли есть смысл.

Нередко правовое значение реального или вмененного знания одного лица о неких имеющих правовое значение обстоятельствах



закрепляется не в законе, а в судебной практике. Так, например, согласно п. 4 ст. 433 ГК РФ в отношении третьих лиц договор, подлежащий государственной регистрации (например, долгосрочный договор аренды недвижимости или договор участия в долевом строительстве), считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. По смыслу данной нормы, в отсутствие государственной регистрации такой договор порождает относительные правоотношения между его сторонами, но не влечет юридических последствий для третьих лиц в тех случаях, когда в силу правовых норм этот договор или его условия могут быть противопоставлены третьим лицам. Например, договор аренды, заключенный прежним собственником, но не зарегистрированный вопреки требованиям закона, действителен и связывает стороны, но при продаже предмета аренды покупатель может потребовать от арендатора покинуть арендованный земельный участок, а правило ст. 617 ГК РФ о сохранении аренды несмотря на смену собственника не сработает. Но закон не уточняет, будет ли эта норма применяться в тех случаях, когда договор не был зарегистрирован, но соответствующее третье лицо из иных источников знало или должно было знать о данном договоре (в нашем примере новый собственник знал или должен был знать об арендаторе, так как не мог не видеть, что на продаваемом ему участке находится и функционирует, скажем, ресторан, не принадлежащий продавцу). ВС РФ в п. 5 Постановления Пленума от 25 декабря 2018 г. № 49, развивая прежние позиции ВАС РФ по этому же вопросу, уточнил текст закона, указав, что такая непротивопоставимость незарегистрированного договора третьему лицу имеет место только тогда, когда третье лицо не знало и не должно было знать о его наличии.

Следует заметить, что сам закон или соответствующие правовые позиции судебной практики во многих из таких ситуаций не упоминают недобросовестность, а используют лишь словосочетание «знал или должен был (мог) знать» или «не знал и не должен был (не мог) знать». Но юридическая доктрина говорит в этом контексте о субъективной добросовестности, да и сами суды, как правило, обозначают этот вопрос о реальном или вмененном знании о тех или иных обстоятельствах как вопрос о добросовестности.

Иногда либо сам закон, либо судебная практика увязывают правовые последствия с точным знанием об определенных обстоятельствах («знал»), но чаще расширяют охват гипотезы соответствующего правила до точного и вмененного знания («должен был знать», «мог знать», «не мог не знать»). При этом стандарт вменения может различаться. Например, согласно российской судебной практике, при определении

недобросовестности приобретения вещи у неуправомоченного отчуждателя по смыслу ст. 302 ГК РФ значение имеет как точное знание, так и неосторожное незнание. Достаточно установить, что покупатель мог знать о пороке титула, т.е. имел возможность заподозрить неладное с чистотой титула продавца. На практике приобретатель будет признан недобросовестным, если он не проявил должную степень осмотрительности (т.е. речь идет о простой неосторожности): согласно абзацу четвертому п. 38 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «[с]обственник вправе опровергнуть возражение приобретателя о его добросовестности, доказав, что при совершении сделки приобретатель должен был усомниться в праве продавца на отчуждение имущества».

В ряде же других случаев закон или судебная практика вменяют в вину, помимо точного знания, только грубо неосторожное незнание, которое на практике трудно отличить от точного знания, исключая тем самым учет незнания в силу простой неосторожности. Иногда этот менее строгий стандарт вменения выражают как «знал или со всей очевидностью не мог не знать» или «знал или заведомо должен был знать». Последнее характерно, например, для практики применения судами п. 1 ст. 174 ГК РФ (см. п. 22 и 92 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

При этом, как кажется, на первый взгляд более строгий стандарт вменения («знал или должен был / мог знать») корректно применять там, где третье лицо, ссылаясь на свое извинительное незнание о тех или иных юридических фактах, претендует на реализацию какого-то решения, идущего вразрез с формальной догматикой. Например, некий покупатель, ссылаясь на добросовестное приобретение, претендует на то, что он приобрел право собственности у неуправомоченного отчуждателя несмотря на отсутствие распорядительного волеизъявления со стороны исходного собственника. Логично, что обоснование такого отступления от обычной логики правопреемства необходимо увязать с проявлением приобретателем должной степени осторожности и внимательности, и даже при простой неосторожности суд не признает его субъективно добросовестным.

И наоборот, там, где вопрос стоит о том, чтобы поставить некому лицу в вину его фактическое или вменяемое знание о тех или иных фактах в целях лишить это лицо неких формально принадлежащих ему преимуществ или прав и обосновать решение, расходящееся с классической догматикой частного права, логично допускать учет лишь точного знания или вменяемого знания по стандарту грубой неосторожности («знал или со всей очевидностью не мог не знать»).

Неудивительно поэтому, что, несмотря на то что п. 1 ст. 174 ГК РФ оперирует фразой «должен был знать», в реальности суды склонились к тому, чтобы применять при оспаривании сделки по данному основанию менее строгий стандарт вменения («со всей очевидностью не мог не знать»). Ведь контрагент заключает договор с уполномоченным представителем партнера, действующим в пределах своих формальных полномочий, и, соответственно, формальное право на стороне контрагента. Поэтому, чтобы аннулировать сделку, необходимо доказать, что контрагент точно знал о нарушении представителем своих фидуциарных обязанностей перед представляемым или со всей очевидностью не мог не знать об этом. То же и в случае аннулирования сделки, заключенной должником в ущерб кредитору с недобросовестным интервентом, по правилам ст. 10 и ст. 168 ГК РФ или внеконкурсного оспаривания сделки по выводу ликвидных активов в целях избежать обращения на них взыскания по требованию кредитора на основании тех же статей. Формально контрагент, вступая в договор с должником некоего кредитора, действует в своем формальном праве. Поэтому, чтобы обвинить контрагента в недобросовестном соучастии в нарушении должником своего обязательства или формировании условий для невозможности исполнения вынесенного в пользу кредитора судебного решения за счет вывода ликвидных активов должника, необходимо установить как минимум, что контрагент точно знал или со всей очевидностью не мог не знать о целях совершения сделки или причинении фактом ее совершения и исполнения прямого ущерба правам кредитора. Вменение знания по масштабу простой неосторожности здесь явно неуместно. См. подробнее комментарий к ст. 10 ГК РФ.

Эти соображения следует иметь в виду при толковании фразы «должен был знать» для отражения идеи субъективной добросовестности в ряде законодательных норм. В некоторых ситуациях эту фразу логично понимать как «знал или должен был знать, прояви лицо должную степень заботливости и осмотрительности», в то время как в других — как «знал или со всей очевидностью не мог не знать». Законодателю же стоит рекомендовать отразить это различие в законе четче, используя разные обороты речи.

Чаще всего бремя доказывания фактического или вмененного знания одного лица возлагается на оппонента (например, согласно п. 4 ст. 388 ГК РФ при оспаривании цессии неденежного требования вопреки договорному запрету на уступку и установлении того, знал ли цессионарий или должен был ли знать о нарушении договорного запрета, а также при оспаривании сделки по п. 1 ст. 174 или согласно ст. 173.1 ГК РФ). В таких случаях субъективная добросовестность

соответствующего лица презюмируется, однако может быть опровергнута. Но иногда ясная презумпция из специальных норм закона не вытекает. В большинстве ситуаций, если в законе не установлено иное, бремя доказывания должно лежать на том, кто апеллирует к точному или вмененному знанию оппонента. О вопросах, возникающих применительно к логике такой презумпции, а также о значении в этом контексте правила п. 5 ст. 10 ГК РФ, закрепившего презумпцию добросовестности, см. комментарий к п. 5 ст. 10 ГК РФ.

Является ли вопрос о субъективной добросовестности вопросом факта или права? Как представляется, вопросом факта является принятие или непринятие стороной тех или иных мер предосторожности либо ее точное знание о соответствующих обстоятельствах, но правовая квалификация этих обстоятельств, определение применимого стандарта должной осмотрительности и получение или неполучение на основе установленных фактов правового вывода о субъективной добросовестности / недобросовестности — это вопрос права, который может обсуждаться и пересматриваться судом любой инстанции. Например, если нижестоящий суд установил, что покупатель не осматривал земельный участок при его приобретении, суд кассационной или надзорной инстанции не может отвергнуть этот установленный факт, но вправе пересмотреть вывод нижестоящего суда о том, что несовершенство таких действий свидетельствует о несоблюдении покупателем стандарта должной осмотрительности и, соответственно, о его субъективной недобросовестности.

Из сказанного вытекает и другой вывод. Если правовая квалификация поведения в качестве свидетельствующего или не свидетельствующего о субъективной добросовестности является вопросом права, то суд может признать сторону субъективно добросовестной, даже если она об этом не просит. Обратное может быть признано, только если в силу какой-либо нормы применение защиты по субъективной добросовестности обусловлено подачей соответствующего процессуального возражения. В известных нам нормах закона, говорящих о субъективной добросовестности, указаний на сей счет нет. Соответственно, суд может признать сторону субъективно добросовестной, даже если она такого заявления не делает. Согласно п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 суд вправе применить критерий добросовестности и по собственной инициативе, но должен в этом случае поставить вопрос на обсуждение сторон. Данный подход, видимо, должен применяться как к объективной, так и к субъективной добросовестности. Например, если истец, из чьего владения по, как ему кажется, ничтожной сделке выбыла вещь, подает к конечному

возмездному приобретателю, во владение которого вещь перешла по цепочке сделок, виндикационный иск, а ответчик защищается, ссылаясь не на свою субъективную добросовестность, а на отсутствие пороков в исходной сделке, но не убеждает судью, последний может и должен признать ответчика субъективно добросовестным и защитить его по ст. 302 ГК РФ, если в материалах дела нет доказательств субъективной недобросовестности (например, неких объективных признаков порочности титула, которые вынудили бы разумное лицо на месте ответчика усомниться в правомочиях продавца). Поэтому сторона, чей процессуальный успех зависит от признания оппонента субъективно недобросовестным, не должна ждать момента, когда оппонент заявит об этом, — ей следует инициативно предъявлять доказательства, которые могли бы подтвердить недобросовестность оппонента.

Использование для обозначения извинительного незнания термина «субъективная добросовестность» не вполне удачно. При оценке добросовестности как стандарта поведения, как правило, применяется объективное мерило: суд определяет, насколько поведение лица соответствовало объективному стандарту справедливости (уважения интересов ближнего, должной осмотрительности и т.п.). Но так называемая субъективная добросовестность тоже задает стандарт поведения, ведь важно в большинстве случаев не столько точное, сколько вмененное знание, а стандарт вменения определяется через оценку поведения индивида на предмет его осторожности и осмотрительности. По сути, закон в таких нормах требует от лица проверять титул собственника у продавца, не заключать договор с представителем, не проведя хотя бы минимальную проверку в отношении возможного прекращения действия доверенности, и т.п., а на случай несоответствия его поведения такому вменяемому стандарту предусматривает те или иные неблагоприятные для данного лица последствия (виндикацию, отказ в защите видимости полномочий, аннулирование сделки и т.п.). А это означает применение объективного стандарта поведения. Кроме того, даже там, где речь идет о доказанном точном знании, все равно применение субъективной добросовестности по сути задает стандарт поведения: право говорит участникам оборота, что нельзя покупать то, что суд арестовал, если ты знаешь об аресте; нельзя заключать договор с представителем контрагента, зная, что представитель при заключении такой сделки, хотя и действует в пределах своих формальных полномочий, нарушает свои обязательства перед представляемым и т.д. Иначе говоря, в большинстве случаев применение субъективной добросовестности представляет собой способ задать некие стандарты поведения и установить те или иные санкции за их нарушение.

Данный очевидный вывод позволяет некоторым юристам говорить о том, что а) жесткое противопоставление субъективной и объективной недобросовестности не вполне корректно, б) использование прилагательного «субъективный» для обозначения вмененного знания или незнания о тех или иных фактах не вполне точно, и в) то, что принято называть субъективной добросовестностью, есть частный случай применения объективного стандарта добросовестности.

Как бы то ни было, в российском юридическом языке (так же как и в языке ряда стран романской правовой традиции) эти два значения являются аспектами понятия доброй совести. Грамотный юрист улавливает семантику понятия добросовестности из контекста, но не вполне грамотный может и запутаться. В данном плане следует отметить, что в ряде других стран эти два юридических феномена не смешиваются, и каждый получает свою терминологическую фиксацию. Так, в Германии для обозначения извинительного незнания (добросовестности в субъективном смысле) используется термин «guter Glaube» («добрая вера», калька с лат. «bona fides»), а для обозначения стандарта справедливого поведения (добросовестности в объективном смысле) — термин «Treu und Glauben» («доверие и вера»). В Голландии извинительное незнание обозначается как «goede trouw» («добрая вера», калька с лат. «bona fides»), а объективный стандарт справедливого поведения — как «redelijkheid en billijkheid» («разумность и справедливость»).

Какой подход лучше — романский и российский или немецкий и голландский — вопрос дискуссионный и особого значения не имеет, если мы отдаем себе отчет в условности соответствующих словесных формул (например, условности термина «субъективный» при описании стандарта вменения знания о правовых фактах). В то же время в чисто практическом плане используемый у нас подход позволяет судам и доктрине проще формулировать некие общие нормы о доброй совести, применимые в обоих смысловых контекстах. В качестве примера можно привести положение п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, которое закрепляет правовую позицию о праве суда применить критерий добросовестности по собственной инициативе, а также обязанности суда в этом случае вынести вопрос на обсуждение сторон: данное положение, судя по всему, применимо как к объективной, так и к субъективной добросовестности.

В целом же возможность аналитического выведения имеющей в ряде контекстов юридическое значение концепции извинительного незнания о тех или иных правовых фактах (независимо от того, говорим ли мы о добросовестности в субъективном смысле или используем иной термин на немецкий манер) в качестве частного проявления кон-

цепции доброй совести в объективном смысле как стандарта поведения представляется логически верной, ибо из идеи доброй совести в той ее широкой интерпретации, которая открывается при изучении российской судебной практики и зарубежного права, можно при желании вывести большинство норм существующего гражданского законодательства (если бы их не было, то же по сути, пусть возможно и менее конкретизированное, решение суды стали бы выводить из объективной доброй совести).

Как бы то ни было, в дальнейшем текст комментария к п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ будет в основном посвящен добросовестности в объективном смысле, а применение изложенных ниже выводов к вопросу об извинительности незнания тех или иных имеющих правовое значение обстоятельств требует в каждом конкретном случае отдельной проработки.

### ***3.6. Кому адресовано правовое требование добросовестности?***

Закон и иные источники позитивного права должны закреплять правила, которые будут требовать от людей добросовестного поведения, поощрять его, а также устанавливать санкции за поведение недобросовестное. Как уже отмечалось, далеко не все то, что считается соответствующим доброй совести, должно заботить право. Например, нечестность или неверность своему слову во внутрисемейных отношениях могут быть признаны в конкретных обстоятельствах противоречащими доброй совести, но из этого не следует, что государство, суды и позитивное право должны касаться таких вопросов и переводить эти представления о доброй совести в право. Позитивное право не должно облекать в форму обязательных и подкрепленных силой судебного принуждения предписаний *все* то, что кажется справедливым и соответствующим доброй совести с нравственной точки зрения, так как должны быть сферы социальной жизни, которые иммунизированы от внешнего, правового вмешательства. Но во многих иных ситуациях право вмешивается и делает это вполне обоснованно. Но и здесь, как уже отмечалось, закон в ряде случаев может устанавливать стандарт добросовестного поведения на уровне несколько более низком, чем то, что мы можем считать справедливым с этической точки зрения. Закон должен устанавливать некий минимум справедливости, планку, ниже которой не позволяет опускаться не просто мораль, но и право.

Но комментируемый пункт говорит не об этом пожелании к содержанию законов и иных источников позитивного права. Смысл правового принципа добросовестности в объективном смысле состоит в том, что он претендует на непосредственное установление стандарта поведения. Иначе говоря, добросовестность, по смыслу

комментируемого пункта, представляет собой правовой стандарт поведения, она адресована участникам оборота. Все участники оборота в стране, в которой признается принцип добросовестности, должны соотносить свое поведение в тех областях социальной жизни, которые подпадают под действие данного принципа, с этим неписанным стандартом справедливости и разумности. Но поскольку определять, что означает добросовестность в конкретной ситуации, должны суды при разрешении споров, по сути, суды в этих областях наделяются компетенцией ретроспективно оценивать поведение людей на соответствие неписанным стандартам доброй совести и применять те или иные санкции в случае нарушения таких стандартов.

Здесь опять же следует помнить, что добрая совесть как правовой стандарт задает лишь минимум справедливости в поведении людей по отношению друг к другу, тот нижний порог, пробивать который не позволяет не просто мораль, но само государство. Суды, применяя п. 3 ст. 1 ГК РФ, не должны требовать от людей заботиться об интересах ближнего как о своих собственных интересах, и, более того, они могут осознанно задать правовой стандарт на уровне более низком, чем тот, который они сами считали бы этически приемлемым. Например, судья может посчитать, что честный состоятельный гражданин не попытается выручить какую-то выгоду из бедственного положения своего родственника, который оказался остро нуждающимся в деньгах для проведения жизненно необходимой операции, и отдаст родственнику эту непринципиальную для себя сумму либо в дар, либо в беспроцентный заем, либо в самом крайнем случае под обычный, умеренный процент, а взимание в подобной ситуации, скажем, 10% годовых судья посчитает противоречащим доброй совести. Но тем не менее судья может не покарать займодавца, отказавшегося выдавать заем или предоставившего его под 30%, за нарушение правового принципа добросовестности, посчитав, что его поведение, конечно, с моральной точки зрения сомнительно, но не достигло того уровня этической неприемлемости, которому соответствует *правовой* стандарт доброй совести.

При этом детали применения правового стандарта доброй совести могут и должны зависеть от функциональной направленности вовлечения доброй совести в право. См. подробнее об этой дифференциации п. 3.10 комментария к настоящей статье.

Итак, правовой принцип добросовестности адресован непосредственно участникам гражданского оборота в области тех отношений, которые достойны внимания права, а его наполнение смыслом поручено судам.



### 3.7. Добросовестность и судебное правотворчество

Принцип доброй совести как правовой концепт в том его понимании, который отражен в комментируемой норме, имеет открытую природу («открытую текстуру»). Никаких конкретных гипотез, диспозиций и санкций данная норма не задает, что вполне логично, поскольку добросовестность — это правовой принцип, а не конкретная норма с ясным содержанием. Наполнение этого правового стандарта конкретным содержанием осуществляется на основе судейского усмотрения. В данном контексте обычно говорят о том, что добросовестность — это открытая, оценочная или «каучуковая» норма, генеральная клаузула. Как представляется, термин «принцип» корректнее отражает суть данного феномена, чем термин «норма». Добросовестность — не «каучуковая» норма, а принцип, причем настолько широкий по своему смысловому заряду, что открывает судам практически безграничную свободу в деле развития права под эгидой его применения.

Впрочем, вопрос о том, можно ли считать добросовестность и иные подобные сугубо оценочные стандарты (например, основы нравственности) правовой нормой, является дискуссионным. Некоторые юристы считают, что правовая норма может быть весьма неопределенной по своему содержанию, а суды, наполняя смыслом этот оценочный стандарт, все же продолжают вести себя в соответствии с парадигмой *правоприменения*. Такой взгляд логически возможен в рамках двух концепций — социологической и естественно-правовой. Но подобный правоприменительный подход следует, видимо, отвергнуть.

#### *(а) Критика социологического взгляда*

В рамках социологической концепции доброй совести при применении данного понятия суд не творит правовое предписание сам, а механически выводит конкретное наполнение такого «каучукового» стандарта из своих знаний либо о доминирующей практике поведения, либо о существующем в обществе этическом консенсусе.

Данный подход не выдерживает критики. Подменить применение понятия доброй совести социологическими исследованиями невозможно и неправильно по сути по причинам, которые уже указывались выше, но которые здесь стоит повторить.

Во-первых, никакой достоверной информации о социальной практике, как правило, у суда нет. Судья в рамках континентально-европейской модели отбора кадров для судебного корпуса — это карьерный бюрократ, находящийся, как правило, на бюджетном обеспечении с самого детства. Его собственный опыт участия во многих социально-экономических процессах очень ограничен. Например, предпринимателей многие судьи видят только за скамьей подсудимых, в кино или на телеэкранах. Поэтому

в большинстве случаев понять, как принято себя вести в тех или иных специфических сферах жизни, судья не может.

Во-вторых, даже при наличии такой информации о социальной практике последняя не может быть мерилom справедливости, поскольку из сущего должное не выводится, и само общество может считать эту практику порочной. То, что есть в социальной реальности, не является непререкаемым мерилom должного поведения.

В-третьих, данные об этическом консенсусе, как правило, неоткуда почерпнуть, и разговоры на сей счет обычно выглядят как чистые спекуляции.

В-четвертых, этический консенсус в сложноустроенном обществе может в принципе отсутствовать. Количество вопросов о справедливости, по которым может быть легко обнаружен консенсус в обществе, не очень значительно. В праве нередко встают такие коллизии, по поводу которых уверенность в том, что большинство граждан однозначно поддержат какую-то позицию, отсутствует. Да и как это судья должен оценить? Ситуация еще более осложняется в многонациональном, многоконфессиональном федеративном государстве.

В-пятых, даже установленный этический консенсус может быть глубоко порочным. Например, чуть ли не доминирующей практикой при продаже подержанных автомобилей в России является утаивание продавцом информации об их скрытых дефектах и иных пороках. На наш взгляд, это ни в коем случае не делает такое поведение продавца добросовестным, даже если большинство людей согласится с тем, что так поступать можно. Подобное поведение, например, на наш личный взгляд, абсолютно нечестно, а его распространение в обороте — признак не вполне благополучного состояния дел в культуре и в целом экономически нецелесообразно. Доверять при развитии права и разрешении сложных правовых коллизий этическим интуициям обывателей (даже если бы их оценки можно было каким-то образом собирать и обрабатывать), не искушенных в разрешении вопросов моральной философии, не сведущих в вопросах права и правовой политики и не разобравшихся во всех аргументах за и против того или иного решения, а судящих по первому впечатлению, — это популистский, но отнюдь не самый верный путь. Люди склонны к эмоциональным и непродуманным решениям, которые могут подорвать базовые гарантии прав и свобод и повлечь долгосрочные катастрофические последствия для общества. Поэтому наивный популизм — вряд ли разумный подход к вопросу о содержании оптимальных правовых решений.

Таким образом, описать процесс наполнения судами принципа доброй совести содержанием как механическое воплощение в праве

социальной практики или доминирующих в обществе взглядов проблематично. Безусловно, эти факторы крайне важны при применении принципа доброй совести, но представить их в виде альфы и омеги методологии доброй совести невозможно.

*(б) Естественно-правовое понимание*

В рамках естественно-правового правопонимания те или иные этические стандарты существуют априорно и имеют правовое значение как таковые, даны нам в ощущениях и представляют собой, по словам О.У. Холмса, некую нависающую с небес вездесущность. Эту этическую и правовую истину надо только правильно прочесть, она есть часть права независимо от того, когда какой-нибудь судья догадается о наличии этого единственного правильного решения. В рамках естественно-правового правопонимания суды, выступая в качестве своего рода оракулов этого неписаного права, не создают, а «открывают» и, по выражениям английских юристов XVIII–XIX вв., декларируют конкретное содержание права в контексте обстоятельств спора. При таком подходе, как минимум если сам закон закрепляет требование вести себя справедливо, этический стандарт становится частью позитивного права, единственно правильный ответ предшествует возникновению спорных отношений, а применение судом доброй совести представляет не сотворение нормы судом и ее ретроспективное применение, а декларирование ее тем чудакам, которые почему-то не смогли ее разглядеть в облаках естественного права.

Мы, не будучи сторонниками естественного права, такой подход отвергаем, поскольку считаем, что социальный идеал и представления о справедливом изменчивы и детерминированы конкретными социальными, экономическими, культурными, политическими и иными условиями. Идея же подвижного естественного права, разделяемого некоторыми юристами, кажется бесперспективной попыткой спасти концепцию естественного права. Впрочем, подробный разбор этой философско-правовой проблематики явно выйдет за рамки жанра комментария.

Иначе говоря, если мы отвергаем идею естественного права, то невозможно представить выведение судами из принципа доброй совести некоего правового решения для конкретной жизненной ситуации в качестве *применения* этого решения, как если бы оно уже существовало изначально и ждало своего первооткрывателя.

*(в) Позитивистский реализм*

Если мы отвергаем социологическое прочтение смысла подобных оценочных стандартов и не можем поверить в абстракцию естественного права, остается один-единственный логически неизбежный

вывод: требование доброй совести или справедливость — это просто слова-пароли, ключи к мучительному формированию судами правового решения на основе спора о ценностях и обсуждения всех политико-правовых «за» и «против», но не сами решения, ждущие, когда их наконец обнаружат. При таком подходе добрая совесть как правовая концепция сама по себе правилом, т.е. либо социологической, либо априорной этической нормой, которую судья должен прочесть, взять под козырек и применить, не является, а выступает инструментом делегации правотворческой компетенции судам.

В связи с этим стоит напомнить, что п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 требует, чтобы суды, определяя то, что требует добрая совесть, ориентировались на поведение, «ожидаемое от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации». Эта формулировка настраивает на то, что добрая совесть определяется с учетом наших ожиданий в отношении поведения людей. Но эти ожидания не социологического свойства, речь не идет о том, что ВС РФ объявляет добросовестным то поведение, которое доминирует на практике и которое наиболее вероятно на практике. Речь идет об «этическом ожидании»: добрая совесть определяется тем, что суд ожидает от, возможно, неидеального, но модельного для права индивида, ведущего себя в соответствии с определенными этическими и иными стандартами поведения, которые должны соблюдаться в данном обществе и гарантироваться правом, по мнению суда.

Остаемся ли мы тогда с субъективным представлением судьи о справедливом и разумном? Если честно и совсем откровенно, то да. Судья, конечно же, будет раскрашивать свой политико-правовой выбор ссылками на объективные этические стандарты, общепризнанные принципы и т.п., но если отрешиться от словесных игр, то надо признать правду: судья попросту транслирует в наполняемый им содержанием правовой стандарт добросовестности свои собственные представления о социальном идеале. На эти субъективные представления о должном оказывают влияние национальные традиции, идеологические предпочтения, воспитание и другие элементы культуры, но в конечном итоге все зависит от личных убеждений, сформированных в результате развития личности судьи в контакте и диалоге с этими культурными элементами.

Что же сдерживает систему от тотального хаоса? Ведь у судей могут быть различные представления о справедливом и разумном. Например, некоторым судам покажется справедливым присудить в пользу

ставшего по вине ответчика инвалидом истца в качестве компенсации морального вреда за тотальный паралич всех конечностей сумму, равную зарплате самого судьи за несколько месяцев и счету из ресторана на последнем своем юбилее, другой же присудит немногим больше, так как побоится пойти против устоявшейся практики, но хотя бы будет осознавать ее порочность, а третий не побоится присудить достойную компенсацию. Все люди разные, и судьи не исключение.

Во-первых, Конституция РФ закрепляет определенный набор принципов, которые ограничивают в определенной степени произвол суда, воспринимающего Конституцию РФ всерьез. Отраженные в Конституции РФ принципы, права, свободы и общие ориентиры очерчивают некие рамки, пусть достаточно широкие и гибкие. Они оставляют суду достаточную свободу для судебного усмотрения, балансирования разных конституционных ценностей, но все же имеют определенное сдерживающее воздействие. Кристаллизация принципа добросовестности в судебной практике должна происходить в рамках тех ценностных установок и приоритетов, которые заданы в Конституции РФ, отражающей политический консенсус общества, ее принявшего. Да, этот консенсус касается самых общих вопросов, а сами положения Конституции РФ допускают разные интерпретации, но в определенном смысле она задает некоторые ориентиры и пределы усмотрения.

Во-вторых, произвол ограничивается инстанционностью. Судье с экзотическими взглядами на социальный идеал (например, убежденному коммунисту, ожидающему краха капитализма, или радикальному сексисту, мечтающему о тотальном патриархальном реванше) опасно начинать транслировать в свои решения по доброй совести собственные представления о справедливом, не согласующиеся с тем, какие ценности разделяют судьи в вышестоящих судебных инстанциях, поскольку такой «бунт» грозит судье отменой его решения. Это институциональное препятствие предотвращает скатывание практики применения добросовестности к вакханалии. Оно не блокирует жестко мессиянские попытки отдельных смелых судей переубедить большинство и продвинуть некую новую идею, но возлагает на судью бремя убедительной мотивировки. На такие шаги решится далеко не всякий судья. Большинство, даже испытывая дискомфорт в силу несоответствия выносимого решения своим личным, возможно, очень специфическим представлениям о справедливости и разумности, примут то решение, которое с наибольшей вероятностью будет соответствовать представлениям о социальном идеале у большинства его коллег в судебском корпусе, так как иное повышает вероятность отмены вынесенного решения. В итоге формируется некий баланс между гиб-

костью и способностью к развитию, с одной стороны, и стабильностью и предсказуемостью — с другой.

*(г) Добросовестность как инструмент делегации судам правотворческой компетенции*

Поиск справедливого решения иногда очень непросто, требует взвешивания множества политико-правовых аргументов «за» и «против», оценки возможных последствий, российских реалий, опыта других стран и исторического опыта. Сотни лет развития моральной философии в масштабах человеческой истории показали, что поиск ответов на вопросы этики может разделять людей и даже приводить к войнам и конфликтам. Никакой математики здесь нет, и ответы нередко очевидны. То же в меньшей степени касается и поиска справедливых и разумных правовых решений.

Поэтому если оставаться честным и не поддаваться соблазну начать вещать благоглупости, то утверждение о том, что, «применяя» такой оценочный стандарт, как добрая совесть, суд творит правовую норму, представляется вполне соответствующим реальности.

Обычное правоприменение представляет собой классический силлогизм: судья берет готовую позитивную норму, подставляет под нее гипотезу установленные фактические обстоятельства и получает итоговое решение. В действительности, конечно же, все оказывается очень часто сложнее, потому что нередко от суда потребуются не механическое, а творческое отношение к толкованию норм: сама норма нередко может быть неоднозначна и требовать прояснения, или может иметься коллизия норм, которую суду необходимо устранить, или однозначная норма может приводить к абсурдным или явно несправедливым результатам и потребовать от суда творческого подхода к ее телеологическому толкованию (например, телеологической редукции). Так что в реальности практически любое правоприменение даже вполне конкретных законодательных норм сопряжено с известной долей творческого вовлечения судьи в процесс созидания правовой материи посредством развития и уточнения существующего регулирования. Но все же здесь суд творит право в связи с конкретными нормами (например, толкует их расширительно или ограничительно), продолжает находиться с этими нормами в своеобразном диалоге. Однако в случае с применением принципа добросовестности законодатель делегирует судам куда более широкую правотворческую компетенцию.

Итак, есть все основания говорить о том, что принцип доброй совести — это не правовая норма, непосредственно направленная на регулирование общественных отношений и подлежащая применению судами, а инструмент делегации правотворческой компетенции судам.

Суд не применяет добросовестность как правовую норму, а, принимая делегированную компетенцию, творит правовую норму для конкретного случая, *ad hoc*, и применяет ее ретроспективно в отношении факты конкретного спора. Иначе говоря, принцип добросовестности в рамках такого подхода – это источник формирования и ретроспективного применения судами правил, которые судья считает соответствующими соображениям справедливости и разумности.

Добрая совесть как правовой концепт, по справедливому замечанию многих европейских ученых, становится колыбелью, в которой рождается судебное правотворчество, формальным обоснованием такого правотворчества, «позитивистским крючком», на который судам удобно вешать весь разнообразный гардероб судебного правотворчества. Разрешая споры по доброй совести, суды творят право легитимно, поскольку такой компетенцией их наделяет закон.

При этом данное правотворчество остается ретроспективным и точечным, правовая норма, выведенная судом, не связывает другие суды при разрешении подобных же споров. То, что выведет из доброй совести один судья, не выведет в контексте абсолютно такого же спора другой судья. Но постепенное формирование судебной практики и кристаллизация правовой позиции на уровне практики или абстрактных разъяснений высших судов преобразуют, конвертируют правовую позицию, основанную на доброй совести и примененную в конкретном споре *ad hoc* и *ex post*, в полноценную правовую норму, действующую *erga omnes*. Происходит постепенное индуктивное, эволюционное развитие позитивного права на основе судебного правотворчества, конвертация удачных судебных правотворческих решений в элементы позитивного права.

Безусловно, судебное правотворчество имеет место в любой стране, независимо от того, признается ли в ней принцип добросовестности. Европейские суды развивали частное право столетиями и без использования принципа добросовестности, но принцип добросовестности катализирует этот процесс, формально легитимирует его, снимая психологические барьеры и напряжение, рождаемое при сопоставлении данного естественного и абсолютно неизбежного феномена с концептом разделения властей. Активное использование принципа добросовестности в XX в. в континентальной Европе во многом объясняется тем, что законодательство все сильнее и безнадежнее стало отставать от бурного развития социальных, экономических условий жизни и нравственных установок. Чем сильнее ускоряются темп жизни и динамика социальных отношений, тем более востребовано судебное правотворчество, а принцип доброй совести оказывается удобным

инструментом легитимации и реализации этой судебной функции. Его удобство состоит в том, что суды получают карт-бланш на развитие права от самого законодателя, включающего этот принцип в ткань законодательства. Суды теперь могут заниматься правотворчеством более открыто, при этом на все вопросы отвечая тем, что они лишь «применяют» законодательно установленный принцип. Красивая и удобная фикция, преимущества которой открывают все новые и новые страны.

Добросовестность превращается в портал, через который в систему правовой догматики вторгаются потоки идей, ценностей и соображений политико-правового характера, перестраивающие эту догматику в русле современных задач и вызовов в инструмент самообновления и эволюционного развития права.

*(д) Добросовестность и формальные элементы права*

В праве постоянно сталкиваются элементы формальные и элементы содержательные. Формальные — буква закона, условия договора, сложившаяся догматика. Содержательные — представления о справедливости и разумности самого права. Правоприменение неминуемо выявляет трение между этими элементами. Формальный элемент в контексте конкретного спора может приводить к последствиям, нетерпимым с позиций содержательного элемента, так как закон не может при всем желании его разработчиков учесть все нюансы, уловить все возможные изменения социально-экономического и культурного контекста. Добрая совесть как правовой концепт позволяет судам не мириться с результатами формального правоприменения, а дополнять, уточнять и корректировать те правила, которые следуют из формального элемента правовой системы, производить развитие, тонкую настройку и коррекцию позитивного права, условий сделки и иных формальных источников регулирования общественных отношений.

При этом чем чаще и активнее суды решают споры с опорой на добрую совесть, тем меньше значение формального элемента права и тем меньше правовой определенности, но, возможно, больше содержательной справедливости и рациональности. Правовая определенность является важнейшей правовой ценностью, не меньшей по своему значению, чем содержательная рациональность и справедливость права. Поэтому здесь следует придерживаться разумной умеренности и искать компромисс. В конкретной стране и в конкретных условиях может сложиться ситуация, когда акцент делается на судебном ретроспективном правотворчестве, но в соседней стране суды могут придерживаться более сдержанного подхода и чаще мириться с содержательной несправедливостью и неразумностью решений, которые выводятся из формального, механического правоприменения. Все зависит от того,



в какой степени суды готовы брать на себя ответственность, а общество доверяет судам, насколько устаревшим и неудачным является законодательство, и ряда иных условий.

Такое воззрение на принцип добросовестности и его современную роль не является нашим личным откровением — оно широко распространено в среде европейских ученых, трезво смотрящих на вещи.

*(е) Роль законодателя*

Сказанное позволяет во многом объяснить то, что в Англии принцип доброй совести в своем универсальном значении, свойственном, например, Германии, не признан. Потребность в таком рычаге легитимации судебного правотворчества не ощущается здесь с той остротой, как в Германии, в силу того, что а) суды и без этого имеют формальную возможность творить право, а суд, установивший в свое время прецедент, может отступить от него в будущем и закрепить новое правовое решение, б) законодательство, сковывающее дальнейший поиск справедливости, в области частного права носит фрагментарный характер, и в) доминирующие в юридической среде ценностные установки придают более серьезное значение формальной определенности, предсказуемости как позитивного права, так и условий сделок.

Также становится очевидным, почему принцип доброй совести в последние десятилетия торжественно шагает по текстам гражданских законов, принимаемых законодателями в континентальной Европе. Социально-экономическая и культурная динамика становится колоссальной, а принятие законов в демократических странах, раздираемых партийными противоречиями, становится все более дорогостоящим и сложным предприятием. Законодательное регулирование все чаще не поспевает за общественными отношениями. Ответом является делегация все большей регуляторной компетенции органам исполнительной власти и судам. Такая делегация катализируется за счет интеграции в закон принципа добросовестности и иных подобных «каучуковых» понятий; судам под их эгидой дается карт-бланш на то, чтобы развивать, уточнять и корректировать законодательство при возникновении к тому необходимости. Законодатель же может сосредоточиться на тех вопросах, которые имеют серьезное политическое и макроэкономическое значение. У членов парламентов и фракций, имеющих, как правило, достаточно ограниченный временной горизонт устремлений, есть стимулы разрабатывать законы, которые позволят набрать политические очки на ближайших выборах, а такие очки можно набрать, отчитываясь о принятии или обещая принять законы в областях, которые чувствительны для простых избирателей (например, в области трудовых отношений, пенсионных вопросов, защиты потребителей,

налогов и т.п.). Другой фронт работы — законы, которые лоббируют группы специальных интересов (например, отраслевые ассоциации) и бизнес-элиты; последние важны в целях наполнения партийных касс (а в ряде стран как источник коррупционной ренты). Наконец, есть еще и реализация просьб и требований со стороны влиятельных политических сил, с которыми парламентариям выгодно выстраивать хорошие отношения по принципу *quid pro quo*. Простых избирателей, а также лоббистов и стоящие за ними финансово-промышленные группы, олигархов и иные влиятельные политические силы, способные стимулировать законотворческий процесс, интересуют далеко не все вопросы частного права. В итоге многие такие вопросы остаются без серьезного внимания законодателей из-за отсутствия требовательного политического заказчика.

Интеграция в закон принципа добросовестности позволяет законодателям снять с себя ответственность в отношении данных вопросов и делегировать развитие, уточнение и корректировку позитивного гражданского права судам, которые без всякой к тому своей воли сталкиваются с ними при разрешении конкретных споров и вынуждены что-то решать. При необходимости законодатель всегда может вмешаться в это эволюционное развитие права через судебную практику и что-то скорректировать, приняв новый закон.

В итоге реально действующее частное право все сильнее начинает предопределяться судебной практикой, а не законодательными нормами. Со временем после формирования устойчивой судебной практики при открытии окна политической возможности (например, когда принимается политическое решение во имя престижа или по иным соображениям произвести рекодификацию частного права, парламентарии отвлекаются от своей повседневной повестки, и у цивилистов появляется шанс улучшить закон) эти наработки судебной практики нередко включаются в тело законов. Так, например, в течение XX в. немецкие суды, прикрываясь закрепленным в ГГУ принципом добросовестности при исполнении обязательств и толковании договоров, а также рядом аналогичных оценочных понятий (прежде всего «добрые нравы»), с нуля сформировали целые институты гражданского права, которые в рамках ряда законодательных реформ со временем (иногда через 80 лет) были в итоге интегрированы в тело кодекса (например, адаптация договоров при существенном изменении обстоятельств, расторжение долгосрочных договоров в силу уважительной причины, преддоговорная ответственность, противодействие несправедливости стандартизированных условий договора, информационные и иные сопутствующие обязанности в рамках договорного правоотношения и мн. др.). Вплоть до момента

законодательного признания этих институтов они функционировали исключительно как результат судебного правотворчества, основанного на «применении» принципа добросовестности.

### *3.8. Эмансипация институтов, рожденных в колыбели доброй совести*

Многие проявления принципа добросовестности, изобретенные в свое время в практике судов, по мере своего развития, детализации, научного осмысления и законодательного признания постепенно эмансипируются от своего прародителя и становятся самостоятельными, поименованными законом правовыми институтами. Юристы даже могут забыть, что в свое время эти концепции были выведены судами из принципа доброй совести. Например, суды могут на каком-то этапе вывести из добросовестности идею расторжения или изменения договора при существенном изменении обстоятельств или защиту потребителя от несправедливых договорных условий, но позднее после законодательного закрепления этих институтов они живут своей жизнью, ссылки на добрую совесть при вынесении судебных решений по соответствующим вопросам исчезают.

В то же время, как только судебная практика начинает выявлять некоторые несовершенства законодательного дизайна таких институтов и возникает потребность в их дальнейшей настройке и оптимизации, потребность в добросовестности как инструменте легитимации судебного правотворчества опять возникает. В этом бесконечном процессе динамики судебного правотворчества и статики законодательного материала и состоит во многом процесс развития частного права. Соответственно, институты частного права не делятся на те, которые вытекают из доброй совести, и какие-то иные. Вопрос лишь в том, что в контексте истории права конкретной страны тот или иной институт мог быть создан с нуля законодателем либо эволюционно выработан судами, а последние могли использовать для этого тот самый «позитивистский крючок» в виде интегрированной в закон идеи доброй совести, а могли обойтись и без него (используя, например, творческое телеологическое толкование закона и другие инструменты).

По большому счету если не весь массив сегодняшнего законодательного регулирования частноправовых отношений, то значительную его часть можно было бы при желании выводить из принципа доброй совести в рамках судебной практики. Если бы в ГК РФ не было требования верности своим обязательствам и недопустимости одностороннего отказа от них (ст. 309–310), суды говорили бы о том, что добросовестность требует соблюдения договоренностей. Если бы не было Закона о защите прав потребителей, многие элементы потребительской защиты постепенно проявили бы себя на уровне судебной практики под

лозунгом доброй совести (как это происходило ранее в праве тех стран, в которых защита потребителя в отступление от общих принципов договорной свободы и иных элементов классической цивилистической догматики изначально и пробивала себе путь в жизнь на уровне судебной практики).

В итоге получается, что вопрос о том, что такое добросовестность с содержательной точки зрения, теряет свое значение, так как это не норма, что-то регулирующая. Вместо этого следует задавать вопрос о том, чего требует политика права (справедливость, разумность и т.п.) в контексте разнообразных институтов гражданского права и жизненных обстоятельств и имеются ли основания отступать от формальных элементов права во имя обеспечения содержательной справедливости и рациональности права в его применении к конкретным обстоятельствам.

### **3.9. Конкуренты принципа добросовестности**

Многое из того, что позволяет судам делать принцип добросовестности, теоретически и практически могут обеспечивать иные концепции. Например, при необходимости скорректировать некоторую норму закона суды могут признать буквальный смысл нормы, но ограничить права, вытекающие из такой нормы, посредством принципа доброй совести и запрета на злоупотребление правом, однако в ряде случаев по сути тот же результат может быть достигнут за счет применения ограничительного или расширительного толкования закона. Например, в ситуации обхода закона суды могут применять доктрину обхода закона, вытекающую из концепции недобросовестного осуществления права (злоупотребления правом), а могут подвергнуть расширительному толкованию гипотезу обходимой законодательной нормы с целью подвести под нее совершенную сторонами сделку или иное действие. Если то или иное установленное в законе право используется некорректно, суды могут заблокировать этот вариант реализации права за счет доктрины злоупотребления правом, а могут просто истолковать соответствующую норму ограничительно и вывести конкретное поведение за рамки охвата данной нормы. То же касается и ситуации, когда возникает потребность уточнить некое правило, закрепленное в законе: суд может сделать это посредством принципа доброй совести, а может просто творчески истолковать норму (вплоть до толкования *contra legem*).

Другой пример: немецкие суды дополняют договор не прописанными ни в нем, ни в законе обязанностями, если того очевидно требует разумность и справедливость, под эгидой принципа добросовестности, а английские могут делать то же посредством концепции подразумеваемых условий (*implied terms*).

Или вспомним, что в истории английского права имелся длительный эпизод, завершившийся лишь в конце XIX в., когда преодоление формальностей и строгостей *common law* осуществлялось в рамках параллельной системы судов справедливости, которые были уполномочены решать споры на основе соображений справедливости и широкого судебного усмотрения (так называемое право справедливости (*law of equity*)).

Иначе говоря, существует целый ряд менее или более удачных способов открыть судам свободу судебного правотворчества, и применение принципа доброй совести — лишь один из них. Его использование было популярным в римском праве, но далее суды многих стран вспомнили о нем в XX в.

Сказанное объясняет, почему в разных странах нередко суды на практике достигают одинаковых результатов при разрешении одних и тех же коллизий, несмотря на то что в одних странах признается принцип доброй совести, а в других он либо не признается, либо активно не используется, и задачи по обеспечению необходимой гибкости и динамики права реализуются иными инструментами.

Более того, нет ничего непреложного в самом понятии доброй совести. Право может использовать для реализации описанных выше функций иной пароль, активизирующий и легитимирующий судебное правотворчество (например, справедливость, честность и т.п.). По большому счету название инструмента особого значения не имеет — главное, чтобы оно было предельно абстрактным и настраивало суды на политико-правовой поиск оптимального правового решения на nive уточнения, развития и корректировки законодательных предписаний и иных формальных элементов права.

Например, по большому счету ту же функцию может выполнять следующий прием: законодатель может установить в отношении целого блока норм гражданского закона, что они подлежат применению в той степени, в которой это не оказывается нетерпимым с точки зрения принципов разумности и справедливости. Именно так поступил голландский законодатель, закрепив такое универсальное правило в ст. 6:2 и п. 2 ст. 6:248 ГК Нидерландов. Согласно правилам ст. 6:2 ГК Нидерландов (по сути, продублированным в п. 2 ст. 6:248) кредитор и должник должны вести себя по отношению друг к другу в соответствии со стандартами разумности и справедливости, и при этом любое правило, применимое к их отношениям в силу закона, сложившейся практики или условий сделки, не подлежит применению в той степени, в которой это будет неприемлемо с учетом обстоятельств в соответствии со стандартами разумности и справедливости.

Знает похожий прием и российское право. Потребность в применении доброй совести российским судом во многом исчезает в тех случаях, когда закон устанавливает правило и уточняет, что иное может вытекать из существа отношений (обязательства, договора и т.п.). Например, в ст. 316 ГК РФ говорится о том, что установленные здесь правила о месте исполнения обязательства применяются, если иное не вытекает из существа обязательства. Соответственно, если буквальное применение того или иного правила данной статьи будет приводить к явно несправедливому результату, суду нет нужды прибегать к идее доброй совести и п. 3 ст. 1 или п. 1 ст. 10 ГК РФ – вместо этого он просто может сказать, что иное правило, отличное от закрепленного в ст. 316 ГК РФ, вытекает из существа обязательства (в качестве примера см. п. 36 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). По большому счету, сопровождая конкретную норму подобной оговоркой об «ином существе», законодатель устанавливает, что соответствующее правило представляет собой лишь опровержимую презумпцию, а ссылка на существо отношений / обязательств / договора превращается в тот самый инструмент делегации судам корректирующей функции.

Потребность в применении принципа доброй совести в целях корректировки законодательных предписаний снижается в тех странах, в которых сами нормы гражданского законодательства носят общий, гибкий и деклараторный характер и допускают широкий простор судейского усмотрения при интерпретации закона; здесь суды могут обеспечивать справедливую настройку правового регулирования под видом толкования закона, и прибегать к такому инструменту, как добрая совесть, у них меньше стимулов. Куда чаще у судов возникает тяга к использованию доброй совести или иного функционального аналога в тех странах, где законодательное регулирование очень подробно и казуистично. Так, например, иногда выдвигается гипотеза о том, что менее интенсивное применение судами во Франции, Австрии или Швейцарии принципа доброй совести по сравнению с опытом немецкого права отчасти объясняется различием в стиле гражданской кодификации (лаконичность, открытость норм кодексов Франции, Австрии и Швейцарии, сама по себе открывающая судам широкий простор в интерпретации, с одной стороны, и детализированность и казуистичность немецкой гражданской кодификации – с другой). Так что в качестве своеобразного аналога методологии доброй совести можно рассматривать использование законодателем широких и общих формулировок, оценочных понятий и избегание погружения в детали.

Иначе говоря, право может использовать различные инструменты делегирования судам правотворческой функции по уточнению, развитию и корректировке законов, условий договора и иных формальных элементов права. Интеграция в законодательство принципа доброй совести является одной из возможных альтернатив.

### **3.10. Функции принципа добросовестности**

Принцип добросовестности выполняет ряд функций. Более подробный разбор некоторых наиболее актуальных из них последует далее. Здесь же стоит в порядке рекогносцировки кратко выделить все эти функции специально. Они соответствуют правотворческим вызовам, которые ставит перед судами конфликт статичности, несовершенств законодательства и динамики, запросов социальных и нравственных условий нашей жизни.

#### *(а) Интерпретационная функция*

И закон, и условия сделок (основные формальные элементы права) могут устанавливать предписания, чье содержание оказывается не вполне конкретным, неоднозначным или противоречивым. В такой ситуации правоприменение требует прояснения смысла правовых предписаний.

Могут существовать различные приемы реализации этой задачи. В некоторых из них соображения справедливости не задействуются. Например, при толковании спорного и неоднозначного положения закона суд может обратиться к истории принятия закона и подготовительным материалам, чтобы прояснить волю исторического законодателя, а при толковании неоднозначных условий договора — к преддоговорной переписке для выяснения истинной воли сторон. Но нередко судам дозволяется на том или ином этапе прояснять смысл формальных предписаний на основе соображений справедливости и разумности. И здесь принцип добросовестности может теоретически выступать в качестве инструмента реализации этой задачи. Например, при выборе одной из двух возможных интерпретаций спорной нормы закона суд в теории может остановиться на той, которая устанавливает более справедливое решение гражданско-правовых коллизий, ссылаясь на то, что закон по умолчанию должен стремиться поощрять более добросовестное поведение. Но в России и ряде других стран при толковании спорных и неоднозначных положений закона обычно принцип доброй совести не задействуется. Вместо этого суды просто толкуют спорную норму телеологически, выбирая то прочтение закона, которое представляется наиболее справедливым и разумным (объективно-телеологическое толкование). Суд заявляет, что норма должна толковаться определенным образом (обычно наиболее справедливым, по мнению

суда), даже не удосуживаясь дать политико-правовое обоснование. На добрую совесть суд обычно не ссылается.

До недавнего времени при толковании спорных и неоднозначных условий договора российский суд к концепции добросовестности также не прибегал, хотя в ряде других стран добросовестность при толковании договора традиционно выделяется и даже закрепляется в законе (например, Германия). Но с выходом Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 принцип доброй совести стал проникать и в сферу толкования спорных условий договора.

См. подробнее о добросовестности при толковании договора п. 3.19 комментария к настоящему пункту.

*(б) Конкретизирующая функция*

Тесно смыкается с предыдущей иная, конкретизирующая функция концепции доброй совести.

Нередко законодательный текст или условия сделки не страдают неоднозначностью или противоречивостью, но устанавливают то или иное предписание в достаточно общих выражениях, и суду в контексте конкретного спора требуется уточнить смысл требования и прояснить, что конкретно требуется от участника оборота. В такой ситуации нередко суд прибегает к принципу доброй совести.

Например, в представительстве — у представителя, в комиссии — у комиссионера, в доверительном управлении — у управляющего имеются полномочия или правомочия совершать сделки или иные действия в интересах других лиц (представляемого, комитента, учредителя управления и т.п.), а также соответствующие обязанности действовать в интересах таких лиц и осуществлять эти полномочия и правомочия в соответствии с неким стандартом. Тот, кто предоставляет другому лицу некие полномочия или иную правовую власть над собой или своим имуществом, оказывается в уязвимом положении: он рассчитывает на то, что «агент» будет заботиться прежде всего о его, а не о своем интересе там, где они могут сталкиваться. Отсюда и важность вопроса о наполнении содержания «агентских» (иногда именуемых фидуциарными) обязанностей, за нарушение которых пострадавший вправе привлечь «агента» к гражданско-правовой ответственности.

Но нередко сформулировать детально содержание этого стандарта поведения и конкретные действия, которые обязанное лицо должно или не должно осуществлять при исполнении своих обязанностей, законодатель не в состоянии. Российский ГК иногда использует крайне обтекаемые фразы об обязанности действовать в интересах другого (например, осуществлять управление объектом доверительного



управления в интересах учредителя или выгодоприобретателя по п. 1 ст. 1012 ГК РФ). И здесь на первый план выходит конкретизирующая функция принципа добросовестности. Данный принцип может позволить судам конкретизировать общие требования к заботе об интересе другого лица, которые вытекают из закона или договора. Например, если договор поручения содержит указание на то, что поверенному поручается отыскивать клиентов, выговаривать с ними наилучшие для доверителя условия сделок и стремиться действовать в любых ситуациях в интересах доверителя, этих общих фраз может не хватить, чтобы прояснить, что конкретно должен делать или не делать поверенный в тех или иных уникальных обстоятельствах. Разрешая конкретный спор, суд может конкретизировать данные общие требования и вывести из доброй совести конкретную обязанность.

Та же ситуация и в корпоративном праве. Но здесь особенность в том, что сам российский закон для пушей ясности ввел добросовестность как стандарт поведения, которому должны следовать члены органов управления юридического лица. Впрочем, парадокс в том, что в корпоративном праве добрая совесть применительно к поведению директора стала пониматься несколько уже, освободив место для другого, столь же обтекаемого стандарта — разумности. Директор должен действовать в интересах организации добросовестно и разумно (п. 1 ст. 53.1 ГК РФ). Под недобросовестным осуществлением директором юридического лица своих полномочий и управленческих функций российская судебная практика при разрешении споров о взыскании с директоров убытков в пользу юридического лица, как правило, понимает умышленное поведение директора во вред интересам общества. В первую очередь это совершение сделок в условиях нераскрытого конфликта интересов на нерыночных условиях, присвоение или использование в личных целях имущества корпорации, получение «откатов» от третьих лиц при совершении сделок, тайный увод клиентов фирмы на обслуживание в свой личный параллельный бизнес и иные формы присвоения корпоративных возможностей, но также и ряд иных подобных циничных поступков, как правило, направленных на извлечение личной выгоды в ущерб интересам юридического лица или действие исключительно во вред таким интересам (не все, но некоторые из указанных примеров приведены в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62). В то же время под неразумностью понимается такое поведение директора, которое носит неосторожный характер и не соответствует должной степени заботливости и осмотрительности, которую должен проявлять разумный директор в интересах своей организации (п. 3 того же постановления).

Очевидно, что добросовестность в корпоративном праве по нашему закону в его интерпретации судами является более узким по своему охвату стандартом поведения (запрещая лишь негодяйское поведение), чем добросовестность как универсальный стандарт справедливого поведения в гражданском праве, который может требовать не только воздерживаться от умышленной подлости. По большому счету и добросовестность, и разумность директора — это проявления общего стандарта добросовестного поведения. Просто в силу неких случайных обстоятельств для обозначения одних видов нарушения фидуциарных обязанностей директора законодатель стал использовать термин «добросовестность», для обозначения некоторых других — «разумность». Если бы в ГК РФ не было п. 1 ст. 53.1, суды выводили бы и те, и другие обязанности из общего принципа добросовестности по п. 3 ст. 1 ГК РФ.

*(в) Дополняющая функция*

Добрая совесть становится основанием для выведения судами новых, неизвестных закону или договору прав и обязанностей, требований к поведению в рамках договорных, обязательственных, корпоративных, вещных, наследственных и иных гражданских правоотношений, а также формирования целых новых правовых институтов.

Здесь следует выделить несколько разных ситуаций.

Во-первых, нередко закон, условия сделки и иные формальные элементы права содержат пробелы, т.е. не содержат ответа на те или иные вопросы, которые могут возникнуть в ходе социального взаимодействия. Истинный (формально-логический) пробел в позитивном праве мы имеем тогда, когда в рамках формальных элементов права отсутствует правило, без которого разрешить спор просто невозможно. Например, ст. 429.2 ГК РФ допускает уступку вторичного (преобразовательного) права на акцепт, но никаких норм в отношении порядка такой уступки закон не содержит; применение же правил гл. 24 ГК РФ об уступке права требования напрямую невозможно, так как нормы этой главы касаются уступки обязательственного права. См. подробнее об истинном пробеле в праве комментарий к п. 1 ст. 6 ГК РФ.

Как следует поступить суду при возникновении истинного пробела? В условиях, когда сейчас во всех странах отказ в правосудии по причине отсутствия применимой нормы запрещен, суд вынужден творить норму сам. Пункт 2 ст. 6 ГК РФ говорит о том, что в таком случае при невозможности восполнить пробел за счет аналогии закона суд может восполнить пробел правилом, которое он выводит из основных начал и смысла гражданского права (аналогия права) и требований разумности, справедливости и добросовестности. Здесь ретроспективное судебное правотворчество *ad hoc* признается формально и более уже ничем

не прикрывается. В ст. 1 ГК Швейцарии эта идея закреплена более ярко: в ситуации пробела в формальных источниках права и отсутствия применимого обычая суд должен разрешить спор на основе нормы, которую он сам создал бы, если бы был законодателем, руководствуясь при этом устоявшимися научной доктриной и судебной практикой. В Австрии в § 7 Австрийского гражданского уложения в такой ситуации судам предписывается решать спор на основе соображений естественного права. При этом п. 2 ст. 6 ГК РФ перечисляет добросовестность, разумность и справедливость как принципы права, но это не означает, что они друг другу противостоят. Опыт многих стран показывает, что эти понятия могут использоваться в значительной степени как взаимозаменяемые. Например, как уже отмечалось, функцию принципа добросовестности в голландском праве выполняет словосочетание «разумность и справедливость». Отчасти сложные вопросы о соотношении доброй совести и справедливости уже обсуждались ранее (см. п. 3.2 комментария к настоящей статье).

Во-вторых, нередко мы имеем так называемый телеологический пробел в рамках существующего правового режима некоего правоотношения (договорного, корпоративного и т.п.). Здесь нет истинного пробела в законе, иных источниках права и условиях сделки, так как спор можно разрешить без вовлечения судебного правотворчества на основании существующих общих правовых норм; в то же время без выведения некоего нового специального правила, учитывающего специфику ситуации, не предусмотренную законодателем при формулировании общего правила, исход спора может оказаться крайне несправедливым или неразумным. В этих условиях в соответствии с п. 2 ст. 6 ГК РФ принцип доброй совести (в сочетании с принципами разумности и справедливости) может позволить суду дополнить правовой режим соответствующего правоотношения неким новым правилом. Иначе говоря, суд, применяя принцип добросовестности в данном контексте, развивает право, устанавливая исключения из общих правил или новые, неизвестные позитивному праву правила и обязанности (например, обязанность информирования).

Более того, могут быть ситуации, когда мы имеем телеологический пробел в виде отсутствующего, не являющегося необходимым условием для разрешения спора, но по справедливости крайне востребованного правового регулирования того или иного социального отношения. Здесь нет никаких формальных источников права, толкуя, конкретизируя или дополняя которые (в том числе за счет принципа доброй совести) можно было бы обосновать справедливое и разумное решение, но судом ощущается потребность создать некий новый институт. В та-

кой ситуации дополняющая функция доброй совести также могла бы быть востребована – только здесь она будет приводить к дополнению не отдельно существующего правового режима некоего социального отношения, а дополнять право новым, формируемым судом с нуля правовым институтом. Этот режим будет формироваться постепенно (как говорят англичане, *case by case*), но эволюционное развитие судебной практики при поддержке науки может по прошествии нескольких десятилетий представить целый новый институт гражданского права, неизвестный в принципе закону.

Пункт 3 ст. 1 ГК РФ такую функцию доброй совести не упоминает, говоря лишь о том, что от людей требуется добросовестность при установлении, осуществлении и защите гражданских прав, а также при исполнении уже существующих обязанностей. Этот текст наводит на мысль о том, что между сторонами уже должны присутствовать какие-то правоотношения, чтобы суд мог начать их развивать и дополнять. Но нельзя забывать и о уже упоминавшемся п. 2 ст. 6 ГК РФ, который устанавливает возможность обращения суда к принципу добросовестности при восполнении пробелов в позитивном праве. Данная норма вполне может применяться не только в случаях истинного пробела в законе, но и при восполнении телеологического пробела. Поэтому, как представляется, такое применение принципа доброй совести вполне возможно. Там, где а) мы имеем дело с некой областью социальных отношений, которая правом ранее не регулировалась, но б) споры, вытекающие из этих отношений, возникают, в) есть основания «втянуть» эти отношения в сферу правового контроля и в) чувство справедливости взывает к формированию некоего правила или набора правил для таких отношений, суд может и должен это правило или правила сформировать. В силу п. 2 ст. 6 ГК РФ принцип доброй совести позволяет суду такое правило сформировать.

Соответственно, добрая совесть может в отдельных ситуациях становиться рычагом постепенного формирования нового правового института. В истории зарубежного права (в том числе римского) есть масса примеров того, как творческая сила идеи доброй совести раскрывалась именно в этом плане. Научно-технические инновации набирают все больший темп, а технологии и производственные отношения не единственные, но ключевые двигатели новых социальных форм взаимодействия. Законодатели при всем желании за этими темпами не поспевают и поспевать не будут.

Например, с 1 сентября 2013 г. согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ добросовестность требуется и на стадии установления гражданских прав и обязанностей, а с 1 июня 2015 г. закон прямо признает ответственность

за недобросовестное ведение переговоров. Иначе говоря, социальные контакты, имеющиеся на стадии переговоров, должны, по мнению закона, подчиняться стандарту добросовестности, что, по сути, означает следующее: суды получили карт-бланш на то, чтобы формировать конкретные требования к поведению на данной стадии и карать за их нарушение за счет применения деликтной ответственности. Некоторые формы такого преддоговорного деликта прямо указаны в ст. 434.1 ГК РФ, но этот перечень не исчерпывающий. Представим теперь ситуацию ведения переговоров по заключению некоей крупной сделки в 2012 г., до появления всех этих норм. Продавец лжет покупателю на самой начальной стадии переговоров о характеристиках компании, которую он предлагает покупателю купить (например, утверждает, что у компании нет налоговой задолженности). Покупатель, будучи введен в заблуждение, проявляет интерес и тратит три месяца на интенсивные переговоры по условиям договора и проведение комплексного аудита предлагаемой к покупке компании (*due diligence*). На каком-то этапе покупатель в рамках этих процедур выясняет правду и обнаруживает огромный налоговый долг, естественно, прерывает переговоры, и никакая сделка в итоге не заключается. Может ли покупатель взыскать с продавца свои тщетно понесенные расходы в качестве убытков? Наша этическая интуиция говорит, что да. Но как обосновать такой иск? Ведь деликт предполагает неправомерность поведения. Нарушает ли в нашем примере продавец конкретные законодательные нормы? Конечно, можно сказать, что такое поведение формирует состав уголовного преступления в виде покушения на мошенничество (ч. 3 ст. 30, ст. 159 УК РФ), а согласно ч. 1 ст. 14 УК РФ преступное поведение запрещено законом, и, следовательно, налицо та самая неправомерность, позволяющая обсуждать перспективы деликтного иска.

Но этот логический ход может завести и в тупик. Например, что, если покупатель узнал правду от самого продавца, который в последний момент одумался и сообщил о налоговой недоимке? Состав преступления здесь отсутствует, так как согласно ч. 3 ст. 30 УК РФ «[п]окушением на преступление признаются умышленные действия (бездействие) лица, непосредственно направленные на совершение преступления, если при этом преступление не было доведено до конца *по не зависящим от этого лица обстоятельствам*» (курсив наш. — А.К.). Или, допустим, что продавец не сообщил покупателю информацию о налоговых проблемах не умышленно, а по неосторожности (он сам не знал, но если бы нормально организовал налоговый учет в компании, то должен был бы знать о недоимке). Состав покушения на мошенничество здесь тоже в силу ч. 3 ст. 30 УК РФ не будет.

Итак, состава преступления в описанной ситуации может и не быть, но расходы покупатель, полагаясь на ложную информацию, понес, и справедливость требует, чтобы эти расходы продавец возместил. Все это могло бы навести суды еще до появления в ГК РФ норм о преддоговорной ответственности на мысль, что им следует выводить из общего принципа доброй совести правовые стандарты поведения на стадии переговоров и привлекать нарушителя таких стандартов к деликтной ответственности. Именно так институт преддоговорной ответственности без какой-либо законодательной основы формировался судами многих европейских стран в XX в.

Итак, дополняющая функция доброй совести позволяет суду сформировать новое правило а) в ситуации истинного пробела в позитивном праве, когда продуктивное применение аналогии закона невозможно, но без восполнения пробела суд в принципе не может разрешить спор; б) в ситуации, когда разрешение спора на основании существующих источников позитивного права или условий сделки без дополнения права возможно, но приведет к явной несправедливости (телеологический пробел), и поэтому суд начинает восполнять позитивное право.

См. подробнее о том, как добрая совесть позволяет дополнять договорные правоотношения, п. 3.21 комментария к настоящей статье.

Об использовании доброй совести в целях восполнения истинных и телеологических пробелов в источниках позитивного права см. также комментарий к п. 2 ст. 6 ГК РФ.

### *(г) Ограничительная (корректирующая) функция*

Добрая совесть очень часто выступает в качестве ограничителя формальных прав, вытекающих из закона, условий сделки или иных формальных элементов права. Например, у стороны может быть формальное право на изменение договора, но она может этим правом злоупотребить и изменить договор настолько, что это покажется явно несправедливым и нечестным по отношению к контрагенту. Если стороны или одна из сторон явно злоупотребили свободой договора, корректирующая функция доброй совести может в ряде случаев позволить аннулировать отдельные условия договора или договор в целом. В подобного рода случаях российский ГК говорит о недобросовестном осуществлении права, другое название для которого согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ – «злоупотребление правом». Сюда же по сути относятся и доктрины обхода закона, и эстоппель, и многие другие известные или пока неизвестные нашей судебной практике проявления запрета на злоупотребление правом.

Указанной доктрине посвящена в ГК РФ отдельная ст. 10. Поэтому подробный разбор примеров злоупотребления правом и самой

этой ипостаси принципа добросовестности см. в комментарии к ст. 10 ГК РФ.

*(д) Незакрытый перечень функций принципа добросовестности*

Крайне важно понимать, что вышеописанная классификация функций доброй совести не имеет какого-то принципиального значения. Все указанные функции тесно переплетены. Например, в рамках реального правоприменения разделение интерпретационной, конкретизирующей и дополняющей функций не всегда легко провести, и некоторые могут не без основания сказать, что в строгом разделении этих функций нет особой нужды. Иногда то или иное решение суда можно обосновать реализацией сразу нескольких функций доброй совести. Более того, даже злоупотребление правом можно при желании описать на языке дополнения правового режима некоего правоотношения новой обязанностью не осуществлять право тем или иным образом. Еще раз повторим: добросовестность — это концепция, которая позволяет судам развивать и корректировать формальные элементы права во имя справедливости и разумности, т.е. торжества содержательных элементов права. Сама эта классификация выше приведена просто в дидактических целях для удобства группирования конкретных примеров реализации правотворческого потенциала концепции доброй совести.

Из сказанного также следует, что этот перечень функций доброй совести не закрыт. Вполне возможно, что добрая совесть еще покажет нам свои новые стороны и по сути новые направления вовлечения судов в правотворчество в сфере гражданского права. Возможно, уже сейчас в практике намечаются какие-то новые ипостаси доброй совести, которые просто еще не попали в поле внимания автора настоящего комментария. Вспомним, что еще совсем недавно добросовестность при толковании договора в российском праве не выделялась, но ситуация стала меняться с выходом Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49.

*(е) Дифференцированное понимание доброй совести в контексте различных ее функций*

Как мы видим, добрая совесть как концепция имеет множество различных проявлений, объединяемых функциональной направленностью на делегацию судам компетенции уточнять, конкретизировать, дополнять и ограничивать формальные элементы права. Неминуемо само восприятие стандарта доброй совести может различаться в зависимости от того контекста, в котором оно используется.

Так, для легитимации ограничения формальных прав недобросовестность должна быть вопиющей, очевидно бросающей вызов идее справедливости. Недаром в п. 1 ст. 10 ГК РФ законодатель говорит

о *заведомо* недобросовестном осуществлении права. Также высокий уровень несправедливости требуется для ретроспективного введения судами обязанностей, не предусмотренных в законе, иных правовых актах или договоре, в тех ситуациях, когда нельзя говорить об истинном (формально-логическом) пробеле в праве, и суд открывает и восполняет пробел телеологический. Если суд дописывает контракт некими неизвестными закону или условиям договора обязанностями в ситуации, когда спор мог бы быть разрешен и без этого внедряемого требования к поведению, но несправедливо или неразумно, ему следует учитывать, что неминуемым последствием такого шага будет ретроспективное наказание одной из сторон за нарушение стандарта поведения, который не был позитивно выражен в период заключения и исполнения договора. Поэтому здесь для такого ретроспективного правотворчества должны быть очень серьезные основания в виде вопиющей несправедливости, которая рождалась бы без ретроспективного внедрения такого требования. Применительно к подобным ситуациям вполне корректна метафора о наличии у суда оснований для вмешательства только тогда, когда поведение одной из сторон пусть и формально не противоречит закону или договору, но пробивает условное «дно» и достигает того уровня несправедливости, который терпеть невозможно. Здесь вполне применима так называемая «формула Радбруха». В середине XX в. Густав Радбрух сформулировал идею о том, что закон остается правовым и подлежащим исполнению и применению судом несмотря на его возможную несправедливость, но теряет свое правовое значение в том случае, когда степень его несправедливости достигает уровня чрезмерной невыносимости. Такой высокий порог необходим для того, чтобы не лишиться формальные элементы права той прочности, которая необходима для обеспечения правовой определенности и предсказуемости. Ретроспективное правотворчество — вещь неизбежная, но в ситуации, когда оно осуществляется *вопреки* формальным элементам права и подрывает веру участников оборота в эти элементы, его использование должно допускаться в крайних случаях.

Куда более низкий порог несправедливости может стать основанием для вмешательства судов и применения принципа доброй совести в тех случаях, когда добрая совесть позволяет суду конкретизировать положения формальных элементов права или восполнить истинный (формально-логический) пробел в праве. Здесь у участников оборота куда меньше оснований полагаться на какие-то формальные элементы права, они вполне могут и должны ожидать вмешательства судов для конкретизации или восполнения формальных элементов права. Поэтому здесь метафора «дна» нерелевантна, и суд может внедрять



стандарт доброй совести и формировать на его основе справедливые и разумные решения более свободно.

### ***3.11. Методология применения судами принципа добросовестности***

Осознание того, что принцип добросовестности делегирует судам широкую компетенцию по развитию права, имеет важные практические импликации.

Во-первых, суд должен пытаться каждый раз при применении принципа добросовестности кристаллизовать ту самую правовую норму, которую он ретроспективно формирует. Соответствующая правовая позиция должна иметь по возможности четкую гипотезу и диспозицию. Если в деле имеется ряд обстоятельств, которые, по мнению суда, свидетельствуют о недобросовестности и вызывают к той или иной правовой реакции, суд должен постараться определить тот набор из них, который является минимально достаточным для вывода о недобросовестности, т.е., по сути, попытаться сформулировать гипотезу создаваемой им правовой позиции. Не стоит перечислять все фактические обстоятельства и говорить о том, что с учетом всего этого действия стороны недобросовестны и ей, например, должно быть отказано в защите права, поскольку в таком случае абсолютно непонятно, какова гипотеза правовой позиции, которую суд сформулировал в рамках делегированной компетенции.

В обратном случае принцип добросовестности грозит превратиться в легитимацию неконтролируемого произвола. На практике нередко суды в своих решениях перечисляют фактические обстоятельства дела и далее просто делают ссылку на п. 3 ст. 1 или п. 1 ст. 10 ГК РФ, считая это достаточным для того, чтобы мотивировать свое решение, основанное не на буквальном прочтении формальных элементов права, а на своей интуиции в вопросах справедливости. С таким подходом сложно согласиться.

Также не вполне корректными являются основанные на доброй совести решения суда, в которых он учитывает какие-то особенности фактических обстоятельств спора, но при этом не готов эти обстоятельства озвучить в тексте решения. Например, суд не должен выносить решение, в котором он отступает от формальных элементов права и применяет добрую совесть по той лишь причине, что ему показалось, что одна из сторон жульничает или некая сделка является результатом коррупции, если он не готов прямо об этом заявить в решении суда и ввести суть своих подозрений в гипотезу формируемой правовой позиции. К сожалению, на практике российские суды нередко видят в материалах дела намеки на то, что одна из сторон неправа по сути, они чувствуют, что дело, используя слова английских юристов, «плохо пах-

нет», но бояться это прямо артикулировать, так как в силу ограниченных возможностей сторон по доказыванию (например, неэффективности института истребования судом доказательств), спешки самого суда при разрешении спора в целях соблюдения процессуальных сроков и его нежелания погружаться в полноценное исследование всех фактических обстоятельств (например, с привлечением свидетелей) убедительной доказательственной базы для уверенного вывода о нечистоплотности одной из сторон в материалах дела нет. И в таких условиях абстрактная и неаргументированная ссылка на добрую совесть помогает судье вынести справедливое решение, но никакой правовой позиции, выводимой из той самой доброй совести, суд сформулировать не может. Более того, этот же судья в абсолютно аналогичном деле, единственным отличием которого будет отсутствие того самого «дурного запаха», решит спор по букве закона, но читатель обоих судебных актов не сможет увидеть в тексте решения реальных фактических обстоятельств, которые позволили в первом деле решить иначе, чем во втором.

Такая практика дискредитирует судебную систему и создает ощущение нарушения базового принципа формального равенства всех перед лицом права. Возникают различные подозрения по поводу истинных причин столь разных решений, а доверие к судебной системе является важнейшим элементом нормального функционирования права в любой стране. Ведь распространение подобной практики позволяет нечистоплотному судье, не способному устоять перед административным давлением или коррупционными соблазнами либо имеющим иные порочные мотивации, маскировать свои неправосудные решения, прикрывая их одной лишь отсылкой к доброй совести. Таких примеров достаточно.

Поэтому, если суд увидел в материалах дела признаки недобросовестности, он должен соответствующие фактические обстоятельства установить на основе правил оценки доказательств, применимого стандарта доказывания и вывести эти обстоятельства в рамках мотивировки принимаемого решения в качестве гипотезы формируемой правовой позиции.

Далее суд должен четко обозначить диспозицию формируемого им правила, т.е. конкретное требование к поведению, которое он считает уместным вывести с учетом соответствующей сформулированной гипотезы.

Иначе говоря, суд должен стремиться сформулировать норму таким образом, как если бы он сам был законодатель (пользуясь терминологией ГК Швейцарии). Причем норму такую, которую он считал бы необходимым применять во всех аналогичных делах.

Например, если суд оценивает добросовестность повышения банком процентной ставки, ему не следует просто объявить, что банк повысил ставку слишком сильно, а необходимо попытаться кристаллизовать сам стандарт поведения (например, добрая совесть требует, чтобы ставка повышалась не произвольно, а экономически обоснованно, соразмерно росту ставок рефинансирования, инфляции, девальвации и т.п.).

Естественно, было бы наивно предполагать, что суд, разбирая конкретный кейс, может всегда сформулировать правовую норму с абсолютно точной гипотезой и диспозицией, учесть все релевантные обстоятельства и избежать включения в содержание правовой позиции избыточных условий. На практике жизнь наверняка подкинет в будущем новый спор, разбор которого вскроет необходимость уточнения ранее сформулированной позиции. Тем не менее суды должны, насколько это представляется возможным, стремиться к кристаллизации и формулированию конкретного стандарта поведения, который вышестоящие суды и юридическая общественность смогут оценить на предмет справедливости и разумности и который в случае поддержки решения ВС РФ будет иметь потенцию к превращению в четкий «прецедент» и норму позитивного права, действующую *erga omnes*.

Вполне возможно, что это выводимое из доброй совести правило будет также использовать то или иное оценочное понятие, но стремление к прояснению контуров искомого правила должно присутствовать. Например, если в силу договора одна из сторон вправе определить в одностороннем порядке содержание того или иного условия и применение п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ требует добросовестности в осуществлении этого секундарного права, суд при осуществлении ограничительной функции доброй совести может указать, что выбор управомоченной стороны должен находиться в тех пределах, которые соответствуют разумным ожиданиям партнера, и существенно за эти пределы не выходить.

Во-вторых, занявшись правотворчеством под эгидой доброй совести, суд должен крайне тщательно подходить не только к очерчиванию гипотезы и диспозиции правовой позиции, но и к аргументации выбора такой правовой позиции. В области политики права далеко не всегда можно четко разложить все возможные аргументы, многое здесь чувствуется, скорее, интуитивно, особенно когда речь идет о вопросах справедливости. Тем не менее суд должен как минимум пытаться пояснять политико-правовые аргументы, которые оказались ему убедительными и подвигли к формированию некой правовой позиции. Почему это решение суду кажется справедливым, а то или

иное поведение явно недобросовестным? Тут могут использоваться и аргументы из области этики, и конституционные принципы, и другие принципы гражданского права, их балансирование, и даже в ряде случаев экономические соображения (например, при определении наиболее справедливого распределения тех или иных рисков между сторонами). Это также позволяет сделать логику рассуждения суда транспарентной и доступной для адекватной оценки юридическим сообществом.

Сказанное выше касается не только судебного правотворчества под эгидой принципа доброй совести, но и любых иных вариантов творческого развития права судами (например, в форме ограничительного или расширительного толкования закона на основе телеологических соображений).

В-третьих, судам не следует злоупотреблять применением принципа добросовестности там, где спор можно разрешить вполне справедливо на основе использования формальных элементов права. К сожалению, нередко на практике активное использование ссылок на добрую совесть является результатом догматической беспомощности и интеллектуальной лени: суд вполне может найти ответ на стоящий вопрос в тексте закона или в рамках корректной его интерпретации, но вместо соответствующих традиционных формальных рассуждений, которые приводят к справедливому исходу, срезает все углы и просто произносит пароль «добросовестность», освобождая себя от необходимости внятного догматического обоснования. Этот путь неверен. Широкое распространение такой практики может создать впечатление, что формальные элементы права вовсе избыточны, в то время как на самом деле они создают крайне важную для нормального функционирования правовой системы определенность, каркас, на который опирается система позитивного права. Тотальное игнорирование формальной логики в рамках правоприменения может порождать опасные последствия, посылать участникам оборота, юридическому сообществу и другим судьям неверные сигналы.

В-четвертых, для того чтобы вся машинерия судебного правотворчества, легитимированная принципом добросовестности, работала корректно, необходимо учесть, что правотворчество в форме интерпретации, конкретизации, дополнения или ограничения формальных элементов права формирует некое новое правило (например, исключение из некоего законодательного предписания) или уточняет существующее правило *ex post* (ретроспективно) и *ad hoc* (в отношении сторон данного конкретного спора). Полноценной нормой позитивного права, действующей *erga omnes*, это правило становится тогда, когда оно за-

крепляется в абстрактных разъяснениях по вопросам судебной практики, опубликованных ВС РФ. *De facto* то же может происходить и при формировании устойчивой практики ВС РФ по конкретным спорам в той, конечно, степени, в которой нижестоящие суды воспринимают такие правовые позиции, выраженные высшим судом по конкретным спорам, в качестве модели для повторения по аналогичным спорам. См. подробнее о судебной практике как источнике позитивного права комментариев к ст. 3 ГК РФ.

### **3.12. Возможность применения принципа добросовестности *ex officio***

Принцип добросовестности в истории права иногда применялся как эксцепция, возражение (по модели *exceptio doli* в римском праве), но в настоящее время в российской судебной практике видится как материально-правовое предписание, которое суд может применять не только на основании заявления одной из сторон, но и по собственной инициативе. В п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 ВАС РФ прямо признал, что суд вправе применить запрет на злоупотребление правом по собственной инициативе. Это подтвердил и ВС РФ в абзаце четвертом п. 1 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25: «Поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным не только при наличии обоснованного заявления другой стороны, но и по инициативе суда, если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения».

Данный вывод может показаться корректным с учетом того, что по своей природе «применение» принципа добросовестности представляет собой судебное правотворчество. Идея о том, что суд знает право, естественным образом перетекает в тезис о том, что суд сам знает, когда и как ему позитивное право или иные формальные элементы права прояснять, конкретизировать, развивать и корректировать. Но логично ли это в действительности? Такая возможность вынесения решений по доброй совести даже вопреки тому, что ни одна из сторон этого не просит, действительно актуальна в тех случаях, когда речь идет об обоюдной недобросовестности сторон и нацеленности их поведения на причинение ущерба публичным интересам или интересам третьих лиц (например, когда злоупотребление состоит в недобросовестном обходе сторонами норм публичного или иного законодательства). Но применение данного подхода к ситуации злоупотребления правом или некоего иного недобросовестного поведения, когда жертвой недобросовестности являются не третьи лица, общественные (публичные) интересы, а другая сторона процесса, может показаться несколько избыточным и противоречащим сося-

зательной природе гражданского процесса. Если процессуальный оппонент не видит в поведении другой стороны злоупотребления правом, а спорит по какому-то иному аспекту, уместно ли суду почитать формальный элемент права и включать режим правотворчества и ограничения формальных прав? Современное право считает это уместным, и, возможно, с таким подходом следует согласиться. Это особенно очевидно тогда, когда суд применяет выведенную высшим судом из доброй совести правовую позицию (т.е., по сути, применяет квазинорму позитивного права). Суд знает право, и он по общему правилу (за рамками тех случаев, когда само право устанавливает применение некой нормы исключительно в режиме эксцепции, т.е. в ответ на соответствующее возражение) может и даже должен применить правовую позицию высшего суда, если ее гипотеза налицо в рамках рассматриваемого им спора.

Но даже в тех случаях, когда суд включает режим правотворчества, не применяет основанные на доброй совести правовые позиции ВС РФ и сам выводит из того же источника некую правовую позицию, возможно, нет смысла вынуждать суд сдерживать свой порыв из-за того, что сторона, страдающая от недобросовестности, выбирает какую-то иную линию своей защиты или нападения. Например, истец может основывать свой иск на факте заключения договора, будучи абсолютно убежден в его заключенности и действительности. Но суд по итогам рассмотрения спора признает договор ничтожным или незаключенным по тому или иному основанию (например, признает уместным аргумент ответчика о несоблюдении письменной формы сделки). Истец узнает о ничтожности только после публикации решения и уже не сможет заявить ссылку на эстоппель по п. 5 ст. 166 ГК РФ или п. 3 ст. 432 ГК РФ, который, возможно, мог бы его защитить, знай он о том, что суд услышит аргументы ответчика и признает договор ничтожным / незаключенным. Безусловно, истец может выстраивать несколько альтернативных линий правовой аргументации и, например, предвидя возможную квалификацию сделки как ничтожной / незаключенной, выдвинуть запасной аргумент о доброй совести и эстоппеле, но способность предвидеть различные пути, по которым может пойти логика рассуждений суда, не безгранична. Поэтому логично, что суд может применить добрую совесть по своей инициативе.

Другой пример: сторона пытается аннулировать договор со ссылкой на мнимость, но ошибается в правовой квалификации, и суд, который обязан знать право, должен в такой ситуации защитить очевидный и проявленный этой стороной материальный интерес в констатации отсутствия правового эффекта у данной сделки и удовлетворении вы-

текающего из указанного факта требования посредством той правовой концепции, которая представляется в данном случае уместной, и этой концепцией может быть и добрая совесть. Например, суд может признать договор по выводу должником своего имущества из-под приближающегося взыскания недействительным не на предлагаемом истцом основании мнимости (так как не найдет признаков мнимости, о которых утверждает истец-кредитор), а на основании нарушения должником и приобретателем имущества запрета злоупотребления правом (так как обнаружит, что актив был продан должником родственнику за символическую цену и имеются признаки того, что родственник осознавал нечистоплотную мотивацию продавца). См. подробнее о таком проявлении запрета на злоупотребление правом комментариев к п. 1 ст. 10 ГК РФ.

В итоге следует, видимо, согласиться с тем, что концепция добросовестности может применяться судом *ex officio*. Это особенно очевидно с учетом того, что в некоторых видах судебных споров стороны могут не представлять профессиональные представители.

В то же время применение принципа добросовестности во всех его многообразных проявлениях по инициативе суда может быть не вполне предсказуемым для сторон. Возможно, догадка суда о недобросовестности, основанная на материалах дела, будет легко развеяна стороной, подозреваемой в недобросовестности, которая просто представит соответствующие доказательства в пользу своей добросовестности. Когда о недобросовестности заявляет оппонент, другая сторона получает сигнал по поводу того, куда клонится дело, и получает возможность представить доказательства в пользу своей добросовестности. Но когда оппонент о недобросовестности молчит, применение судом принципа доброй совести без предупреждения может оказаться полной неожиданностью. Сторона, чья добрая совесть поставлена под сомнение, лишается возможности представить свои аргументы и доказательства обратного. Поэтому крайне важное значение имеет закрепленное в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указание на то, что при применении принципа доброй совести по своей инициативе суд должен вынести на обсуждение обстоятельства, явно свидетельствующие о недобросовестном поведении, даже если стороны на них не ссылались. Иначе говоря, суд должен дать сторонам возможность представить аргументы и доказательства как в пользу гипотезы о недобросовестности, так и в опровержение этой гипотезы. Данное требование направлено на то, чтобы исключить сюрпризы в мотивировке судебного решения и обеспечить суду возможность максимально полной оценки всех аспектов вопроса. Как представля-

ется, нарушение этого процессуального требования должно являться безусловным основанием для отмены судебного акта.

### **3.13. Добросовестность как вопрос права и презумпция добросовестности**

Как было отмечено выше, суд может применить принцип доброй совести самостоятельно (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), т.е. *ex officio*. Таким образом, даже при отсутствии доказательственной активности соответствующей стороны суд должен применить концепцию доброй совести на основе тех объяснений сторон и иных доказательств, которые в деле имеются, независимо от того, какая из сторон соответствующие доказательства представила.

Иначе говоря, добросовестность или недобросовестность — это вопросы права, правовой квалификации установленных фактических обстоятельств. Именно поэтому суд кассационной или даже надзорной инстанции вправе оценивать и переоценивать выводы нижестоящих судов по данному вопросу, основанные на установленных предыдущими инстанциями обстоятельствах.

К сожалению, имеется Постановление Президиума ВС РФ от 28 сентября 2016 г. по делу № 203-ПЭК16, в котором Суд пришел к странному выводу о том, что СКЭС ВС РФ, разрешая спор в кассационном порядке и квалифицируя поведение одной из сторон в качестве злоупотребления правом на основе установленных фактических обстоятельств, вышла за рамки своей компетенции, так как переоценила установленные нижестоящими судами обстоятельства и приняла за основу отвергнутый ими аргумент об определении начала расчета исковой давности. С такой позицией никак нельзя согласиться, поскольку признание того или иного поведения в качестве злоупотребления правом, а также сделанный СКЭС ВС РФ на этом основании вывод о начале течения исковой давности не относятся к утверждениям о фактах — это исключительно утверждения правового характера, и СКЭС ВС РФ имела процессуальную компетенцию такие утверждения делать (безотносительно к тому, насколько с правовой точки зрения осуществленная СКЭС ВС РФ правовая квалификация была верна). В реальности это Постановление выглядит несколько странно и никак на практику не повлияло: кассационные инстанции, включая СКГД ВС РФ и СКЭС ВС РФ, как ранее оценивали добросовестность или недобросовестность поведения сторон спора и переоценивали выводы по данному вопросу, сделанные нижестоящими судами (в частности, применяя запрет на злоупотребление правом или отвергая уместность его применения в контексте обстоятельств



конкретного спора), так и продолжают это делать, попросту не замечая данное странное Постановление.

Сказанное касается правовой квалификации того или иного установленным судом поведения в качестве добросовестного или недобросовестного, а значит, и кристаллизации самого стандарта добросовестного поведения (что конкретно можно или нельзя делать в силу доброй совести). Если же стоит вопрос об определении того, имели ли место то или иное фактическое поведение либо иные обстоятельства, которые могут свидетельствовать о добросовестности или недобросовестности, то здесь мы имеем дело с вопросами факта. Поэтому в отношении таких обстоятельств, во-первых, применяются соответствующие ограничения для кассационных и надзорных инстанций в отношении непризнания установленных нижестоящими судами или признания не установленных ими обстоятельств (ч. 2 ст. 287, ч. 3 ст. 291.14 и ч. 3 ст. 308.11 АПК РФ; ч. 3 ст. 390, ч. 2 ст. 390.15, ч. 2 ст. 391.12 ГПК РФ), а во-вторых, работают классические правила распределения бремени доказывания фактов спора. Например, если суд посчитал, что из доброй совести следует обязательность совершения того или иного действия стороной договора (например, направления уведомления о наступлении обстоятельств непреодолимой силы), и возникает спор о совершении или несвершении таких действий, презумпция добросовестности к этой ситуации отношения не имеет. В силу общих правил разумного распределения бремени доказывания (согласно которым негативные факты по общему правилу не доказываются) суд будет возлагать бремя доказывания совершения таких активных действий на сторону, чья добросовестность поставлена под сомнение. Соответственно, если данная сторона будет в суде строить позицию на том, что добрая совесть не требовала от нее совершения таких активных действий, о необходимости которых утверждает оппонент, и поэтому никаких доказательств их совершения приводить не будет, но суд по этому вопросу правовой квалификации и необходимости совершения указанных действий встанет на сторону ее оппонента, в судебном решении будет признано, что такая обязанность имела, но входящие в предмет доказывания действия не были совершены. Соответственно, в такой ситуации обязанная сторона будет испытывать на себе последствия квалификации своего поведения в качестве недобросовестного.

Если же из доброй совести выводится, что соответствующее лицо должно было воздержаться от совершения того или иного действия, то, вероятнее всего, бремя доказывания совершения такого действия и нарушения данной обязанности, выводимого из доброй совести,

будет возложено на процессуального оппонента, апеллирующего к недобросовестности.

О том, как с этими выводами сочетается норма п. 5 ст. 10 ГК РФ, которая устанавливает презумпцию добросовестности, см. комментарий к данной норме.

### **3.14. Императивность**

Стороны договора не могут абстрактно исключить применение принципа добросовестности и освободить заранее недобросовестную сторону от неблагоприятных правовых последствий своей недобросовестности, выдав ей индульгенцию на такое поведение. Это общепризнанное в мире (см., в частности, п. 2 ст. III.—1:103 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 1.7 Принципов УНИДРУА) ограничение свободы договора вытекает из строго императивного статуса норм п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

В то же время стороны могут своим договором в определенных пределах прямо легализовать конкретное поведение, которое при отсутствии такого условия договора могло бы быть признано недобросовестным. Так, например, стороны могут допустить возможность доставки товара в ночное время, уплату крупного денежного долга монетами и т.п. Как минимум тогда, когда в отсутствие указанных условий договора тезис о недобросовестности был бы основан во многом на соображениях подрыва разумных ожиданий другого лица, включение в договор подобных условий может означать, что соответствующая сторона не имеет соответствующих ожиданий и не рассматривает такое поведение как противоречащее своим интересам.

Впрочем, делать какие-то однозначные выводы сложно. Вопрос о том, является ли конкретное условие недопустимым исключением принципа добросовестности или приемлемым проявлением договорной свободы, не самый простой, его следует разрешать *ad hoc*. Например, спорным является вопрос о том, может ли договор заблокировать применение эстоппеля, в силу которого сторона может утратить некое секундарное право, если она, узнав о наличии оснований для его осуществления, бездействует в течение длительного срока, за счет условия о том, что неосуществление управомоченной стороной своего права не свидетельствует об отказе от права и не должно создавать у другой стороны каких-либо ожиданий в отношении перспектив его неосуществления. См. подробнее об этом вопросе комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Как бы то ни было, даже если такие условия договора абстрактно допускаются, они могут быть признаны несправедливыми и стать предметом судебного контроля *ex post* с опорой на общие нормы ст. 10, 428 ГК РФ при их навязывании слабой стороне договора.

### 3.15. Принцип добросовестности и специальные инструменты восстановления справедливости на основе судебного усмотрения

Обращение к принципу добросовестности происходит тогда, когда специальные правовые инструменты, предназначенные для восстановления справедливости и предотвращения несправедливых результатов и основанные на судебном усмотрении, отсутствуют. Если же закон для исправления конкретного типа несправедливости разрабатывает специальный и основанный на судебном усмотрении инструментарий, использование генеральной клаузулы доброй совести или запрета на злоупотребление правом некорректно и избыточно. Добрая совесть — это общая норма ГК РФ, делегирующая судам правотворческую компетенцию в ситуациях, когда содержательный элемент права встает против формального. Но если законодатель, осознав важность разрешения какой-то конкретной разновидности такого конфликта между формальной и содержательной рациональностью, предусмотрел специальный инструмент, также основанный на судебном усмотрении и предоставлении суду компетенции искать баланс интересов и проводить в жизнь справедливость и разумность, и при этом закрепил процедурные правила реализации такой задачи судами, право не может допускать элементарный обход специальных норм за счет общих и нарушение принципа *lex specialis derogat generali*. Привлечение здесь принципа доброй совести в каких-то случаях возможно для корректировки или дополнения этих процедурных правил, но нельзя допустить, чтобы сторона использовала ссылку на добрую совесть как «смертельное оружие», позволяющее просто убежать из правового режима соответствующего специального инструментария коррекции формальных элементов права *ex post* и реализовывать ту же задачу посредством общего принципа доброй совести.

Например, конечно же, обман на переговорах или при заключении договора — это в высшей степени недобросовестно, но применять п. 3 ст. 1 или ст. 10 ГК РФ для аннулирования сделки, совершенной в результате обмана (например, в рамках известной практике института признания недействительности сделок, совершенных в результате злоупотребления правом, на основании ст. 10 и ст. 168 ГК РФ), нет никаких оснований. Для борьбы с таким злоупотреблением российский ГК закрепил в п. 2 ст. 179 режим оспаривания сделки, совершенной в результате обмана. Если сторона пропустила срок давности на оспаривание сделки по правилам ст. 179 и ст. 181 ГК РФ, ей следует принять на себя риски своей пассивности, а не заявлять в суд иск о ничтожности этой сделки с указанием того самого обмана в качестве злоупотребления правом (т.е. с теми же основаниями, что присутствовали бы в иске

об оспаривании сделки по ст. 179 ГК РФ) и ссылкой на трехлетний срок давности, применимый к искам о реституции по ничтожным сделкам в ст. 181 ГК РФ. Та же история и с банкротным оспариванием сделок: как неоднократно писали высшие суды, в ходе дела о банкротстве можно не только оспорить сделку должника по специальным правилам о банкротном оспаривании, но и апеллировать к ничтожности сделок должника в связи с допущенным злоупотреблением правом, но для этого требуется, чтобы сам порок сделки выходил за рамки тех, в отношении которых законодательство о банкротстве предусматривало оспаривание по специальным правилам; использовать же ссылку на добрую совесть с целью обхода специальных процедурных правил оспаривания сделок по основаниям, предусмотренным в законодательстве о банкротстве, невозможно (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 2014 г. № 10044/11; определения СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 305-ЭС17-4886 (1), от 17 декабря 2018 г. № 309-ЭС18-14765 и от 6 марта 2019 г. № 305-ЭС18-22069). Если бы в законодательстве не было таких специальных правил об оспаривании сделок при обмане или оспаривании сделок должника в банкротстве на основании причинения вреда кредиторам или оказания несправедливого предпочтения одному из них, то обращение к доброй совести можно было бы оправдать, но в заданных условиях оно неверно.

На практике некорректные попытки обхода специальных правил об оспаривании сделок по корпоративным и банкротным основаниям или в связи с пороками воли за счет апелляции к доброй совести (п. 3 ст. 1 или п. 1 ст. 10 ГК РФ) встречаются очень часто. Обычно это происходит из-за пропуска годичного срока давности на оспаривание. Суды мириться с такими манипуляциями не должны.

Еще один пример: для борьбы с несоразмерными неустойками закон установил специальный инструмент в виде права суда снизить несоразмерную неустойку (ст. 333 ГК РФ). Суд не может проигнорировать эту статью и отказать во взыскании неустойки в целом или в части со ссылкой на добрую совесть по тем же основаниям, что предлагается ему учитывать и при применении ст. 333 ГК РФ (а именно несоразмерность размера неустойки и последствий нарушения), легко обойдя тем самым специальные процедурные правила (например, правило о невозможности снизить неустойку, обещанную к уплате коммерсантом, без ходатайства последнего). В то же время если суд сможет убедительно обосновать, что обращение к доброй совести оправдано тем, что в данном случае наблюдается какое-то иное злоупотребление, не связанное с несоразмерностью и не учтенное в режиме снижения неустойки по ст. 333 ГК РФ, или возникнет потребность уточнить

правовой режим снижения неустойки по ст. 333 ГК РФ, то обращение к ст. 10 ГК РФ чисто теоретически можно было бы обсуждать.

Другой пример: во многих странах, в которых не было долгие годы правил о расторжении или изменении договора в связи с существенным изменением обстоятельств, суды пытались выходить из положения и восстанавливать справедливость в особо вопиющих случаях, применяя в этих целях принцип доброй совести (например, Германия с начала 1920-х гг. до 2002 г., когда в ГГУ появилось соответствующее специальное законодательное регулирование этого института). Но в ГК РФ имеется ст. 451, и решение задачи адаптации или расторжения договоров из-за изменения внешних обстоятельств судам следует осуществлять в рамках применения ст. 450 ГК РФ с учетом всех элементов правового режима функционирования данного института. Достигать того же результата за счет апелляции к ст. 10 ГК РФ и бегства из области действия ст. 451 ГК РФ, как это иногда пытаются делать отдельные истцы на практике, некорректно. Но если суду становится очевидной необходимость на основе концепции доброй совести уточнить или скорректировать правовой режим, установленный в ст. 451 ГК РФ, он может делать это, развивая данный правовой режим.

Итак, о доброй совести в описанных выше примерах можно было бы теоретически вспомнить, если формальное применение тех или иных процедурных правил об оспаривании, снижении неустойки или правил ст. 451 ГК РФ приводило бы к явной несправедливости и потребовалось бы уточнить, дополнить или скорректировать соответствующие правила, кристаллизовав некое новое предписание. Но тотальный обход специальных норм закона, регулирующих и вводящих в некие рамки борьбу судов с несправедливостью, за счет апелляции к общим правилам о доброй совести поощрять нельзя.

### ***3.16. Добросовестность и неправомерность / незаконность***

Можно ли считать, что поведение лица, противоречащее принципу добросовестности, является неправомерным или незаконным?

Этот вопрос вызывает споры в науке. Иногда законодатель как будто бы противопоставляет незаконность и недобросовестность (см., например, п. 4 ст. 1 ГК РФ). В то же время есть устоявшаяся практика ВАС РФ и ВС РФ, указывающая на то, что злоупотребление правом неправомерно, так как противоречит запрету, указанному в п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Как представляется, в принципиальном противопоставлении добросовестности и неправомерности нет необходимости.

В тех случаях, когда какое-то требование к поведению, выведенное судами из принципа добросовестности, закрепляется в правовой

позиции ВС РФ на уровне постановлений Пленума данного Суда по вопросам судебной практики, утвержденных им поквартальных или тематических обзоров судебной практики, можно говорить о возникновении *de facto* правовой нормы, обязательной к применению нижестоящими судами и действующей *erga omnes*, как и любая обычная норма позитивного права (например, требование направления уведомления о наступлении обстоятельств непреодолимой силы). Поэтому здесь точно можно говорить о неправомерности. Несмотря на то что обязательный статус таких правовых позиций как полноценных источников права в российском праве официально не признан, АПК РФ и ГПК РФ допускают обоснование судебного акта ссылками на позиции Пленума ВС РФ (ч. 4 ст. 170 АПК РФ, ч. 4.1 ст. 198 ГПК РФ), и на практике судебные акты систематически отменяются по причине игнорирования судом таких правовых позиций. В подобных случаях недобросовестность фактически равнозначна нарушению конкретного правового предписания, вся специфика которого в том, что его конкретная гипотеза и диспозиция закреплены в законе лишь в самых общих словах, а конкретные их рамки кристаллизованы в руководящей практике высшего суда.

В тех же случаях, когда правовая позиция, основанная на применении принципа добросовестности, утвердилась на уровне кассационной практики судебных коллегий ВС РФ, наше процессуальное законодательство не предусматривает обязательность таких позиций для нижестоящих судов, но как минимум в системе арбитражных судов они нередко воспринимаются как пусть и неофициальный, но авторитетный, рекомендательный источник обоснования судебного решения. Суды часто ссылаются на эти определения, да и сама СКЭС ВС РФ часто цитирует свои собственные определения и отменяет решения нижестоящих судов в связи с противоречием таких решений позиции, утвердившейся в кассационной практике данной Коллегии. Здесь соответствующая правовая позиция ВС РФ, к сожалению, полноценным источником права пока не является, и суд теоретически может эту позицию проигнорировать. Поэтому по большому счету суд, применяя соответствующую правовую позицию ВС РФ, действует не совсем механически, а своей волей подтверждает ее релевантность, т.е. в каком-то смысле продолжает функционировать в режиме ретроспективного правотворчества *ad hoc*. То же тем более касается ситуации, когда на уровне практики ВС РФ соответствующее правило еще не утвердилось, но суд, рассматривающий спор, его выводит из принципа доброй совести. Здесь ретроспективность правотворчества *ad hoc* очевидна и не вызывает сомнений.

Но в той степени, в которой мы признаем, что в подобных ситуациях речь идет о ретроспективном правотворчестве, поведение конкретного лица объявляется нарушающим данную правовую норму, выведенную судом из доброй совести и примененную ретроспективно. Поэтому при любом варианте — как в ситуации, когда суд механически применяет *de facto* обязательную правовую позицию ВС РФ, в свое время выведенную из доброй совести, так и в ситуации, когда он сам формулирует правовое предписание с опорой на добросовестность, — мы имеем дело с признанием поведения одной из сторон спора неправомерным.

Если же по каким-либо причинам читатель отвергает правотворческую логику применения принципа добросовестности, описанную выше в п. 3.6 комментария к настоящей статье, и считает, что добросовестность представляет собой полноценную правовую норму, с учетом ее императивной природы и закрепления в законе, неправомерность поведения, противоречащего доброй совести, тем более налицо.

Разница лишь в том, что в случае противоречия поведения сторон конкретному законодательному предписанию с ясным содержанием вопрос о нарушении закона решается достаточно просто, в то время как в ситуации соотнесения поведения лица со столь оценочным стандартом, как добрая совесть, лицо узнает о нарушении этого установленного в законе стандарта (в том его понимании, которое придает ему судья) и, соответственно, о своем неправомерном поведении после вынесения судом решения.

Некоторых юристов этот феномен ретроспективного прояснения стандарта поведения может сильно беспокоить с позиции правовой определенности и предсказуемости. Но факт остается фактом: огромная сфера права представляет собой *de facto* ретроспективное правотворчество *ad hoc*. Та же ситуация имеет место в тех случаях, когда суды заполняют пробел в законе или выбирают из нескольких интерпретаций спорной нормы одну либо когда суды кристаллизуют любую иную оценочную норму закона (о разумном сроке, о существовании обязательства, об основах нравственности, несправедливых условиях, существенном нарушении и т.п.): во всех подобных ситуациях происходит ретроспективная кристаллизация права, суд формирует на основе этих общих «каучуковых» стандартов некое конкретное правовое решение и опрокидывает его на стороны спора ретроспективно. Этот феномен неизбежен в той степени, в которой закон не может детально, недвусмысленно и непротиворечиво урегулировать все возможные вопросы права. А закон этого сделать не может, и чем динамичнее развивается мир, тем очевиднее и глубже колоссальный разрыв между возможно-

стями неповоротливых парламентских процедур и все возрастающего спроса на регулирование. Какие-то ограничения ретроспективного правотворчества, конечно же, необходимы (например, в сфере уголовного права и иных областях публичного права, где ретроспективное правотворчество государства может ударить по разумным ожиданиям граждан и поэтому требуется определенная защита), но в сфере частного права данный феномен давно превратился в ключевой двигатель развития права, и отказаться от него уже невозможно. В связи с этим признание поведения, противоречащего постоянно выводимым из принципа доброй совести правилам, правомерным представляет собой, видимо, бесперспективную попытку как минимум на уровне слов скрыться от реалий.

Итак, недобросовестное поведение неправомерно, но можно ли говорить о том, что оно незаконно? Так, ВС РФ последовательно и на этот вопрос отвечает утвердительно и указывает на то, что «[п]о своей правовой природе злоупотребление правом — это всегда нарушение требований закона» (определения СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54, от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27, от 19 июня 2018 г. № 5-КГ18-91, от 31 июля 2018 г. № 5-КГ18-113, от 28 мая 2019 г. № 78-КГ19-4). Некоторые коллеги, соглашаясь с тезисом о неправомерности, возражают против квалификации недобросовестного поведения в качестве незаконного.

При этом данный вопрос может иметь практическое значение. Например, как будет показано в комментарии к п. 1 ст. 10 ГК РФ, в российской судебной практике распространено признание сделок недействительными на основании их незаконности (ст. 168 ГК РФ), если при совершении сделки имело место явное злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Если порочность сделки или условий ее заключения вызывает у судьи очевидный протест, судья не считает возможным такую сделку признавать действительной, но в отношении соответствующего порока законодатель забыл установить специальный состав недействительности, суд признает сделку ничтожной по правилам ст. 168 и ст. 10 ГК РФ (например, так называемое внеконкурсное аннулирование сделок, совершенных во вред кредитору, квалификация в качестве ничтожной сделки, совершенной с недобросовестным интервентом, и др.). Некоторые коллеги возражают против этого по догматическим соображениям: злоупотребление правом, по их мнению, не может считаться нарушением закона, и поэтому увязка ст. 10 со ст. 168 ГК РФ, предусматривающей недействительность сделки, противоречащей закону, необоснованна, а с соответствующими непоименованными пороками сделок следует бороться за счет приме-



нения ст. 169 ГК РФ о ничтожности сделок, противоречащих основам нравственности и правопорядка. Мы со своей стороны согласны, что применение ст. 169 ГК РФ в условиях, когда эта статья в 2013 г. избавилась от своего основного дефекта (конфискационной санкции), было бы, видимо, корректнее. Но логической невозможности в применении в данном контексте сочетания ст. 10 и ст. 168 ГК РФ мы не видим. В истории зарубежного права есть множество примеров, когда из доброй совести суды выводили правовую позицию о ничтожности тех или иных сделок или договорных условий (например, несправедливых условий, навязанных потребителю или иной слабой стороне договора).

В целом если рассмотреть ситуацию злоупотребления правом, то очевидно, что суд мог бы добиться результата, по сути аналогичного применению данной конструкции, за счет активного использования телеологической редукции гипотезы нормы, соответствующее право устанавливающей. Закон дает стороне договора некое право и никаких ограничений не устанавливает; в таких условиях со злоупотреблением можно бороться за счет принципа добросовестности и запрета на недобросовестное осуществление права, а можно за счет телеологического ограничительного толкования данной нормы: суд может просто сказать, что из толкования нормы с точки зрения ее подразумеваемых целей следует, что она не распространяется на те ситуации, когда имеет место то или иное особое обстоятельство. Результат будет примерно одинаков; при этом ни у кого не возникнет сомнений, что в случае телеологической редукции выход за выводимые из ее телеологического толкования пределы будет незаконным.

Другой пример: очевидно, что добрая совесть может сейчас требовать от стороны договора совершения тех или иных действий, не прописанных ни в законе, ни в договоре (см. о восполняющей и дополняющей функции доброй совести п. 3.21 комментария к настоящей статье). Согласно п. 3 ст. 307 ГК РФ обязательственное правоотношение по умолчанию восполняется теми требованиями, которые вытекают из доброй совести, и также очевидно, что реакцией на несоблюдение этих вытекающих из доброй совести подразумеваемых обязанностей будет взыскание убытков. Нарушение обязательства незаконно, так как противоречит ст. 309–310 ГК РФ, а следовательно, незаконно и нарушение подразумеваемой обязанности, восполняющей договорное правоотношение и вытекающей из доброй совести. И действительно, было бы странно иначе объяснить очевидную возможность взыскания убытков при нарушении такой обязанности.

То же и в ситуациях, когда из доброй совести вытекают те или иные поведенческие обязанности за рамками договорных отноше-

ний. Например, принцип доброй совести требует добросовестного поведения на этапе переговоров по заключению договора, и в России за нарушение этой обязанности, как и во многих других странах, предписывается взыскание убытков, причем на манер французского права такая ответственность признается деликтной. Но деликт по общему правилу немислим без констатации поведения делинквента в качестве незаконного.

И действительно, было бы странно считать, что поведение, противоречащее закреплённому в законе императивно стандарту добросовестности, является законным. Поэтому есть основания не проводить столь фундаментальное различие между понятиями добросовестности, правомерности и законности. Недобросовестное поведение неправомерно и незаконно — просто эта неправомерность особого рода и состоит в нарушении не конкретного правила поведения, четкие гипотеза и диспозиция которого закреплены в законе или условиях сделки, а правила поведения, кристаллизуемого при рассмотрении спора судом на основе судейского усмотрения и представлений судьи о справедливости на основании делегированной законом *de facto* правотворческой компетенции.

Именно в этом контексте следует понимать те случаи, когда закон употребляет незаконность и недобросовестность через союз «или» (например, п. 4 ст. 1 ГК РФ): законодатель хочет сказать, что преимущества нельзя извлекать как из того поведения, которое противоречит формальным элементам права (не только букве закона, но и нормам подзаконных актов, обычаям и условиям сделок), так и из того поведения, которое признается неправомерным судом в связи с очевидной недобросовестностью.

Иначе говоря, употребление в юридическом языке словосочетания «незаконное / неправомерное *или* недобросовестное», которое можно встретить в ряде норм или в судебных актах, не представляет собой проблемы — просто нужно понимать, что под незаконностью в данном контексте подразумевается нарушение законодательного предписания с неким конкретным содержанием, а под недобросовестностью — такое нарушение закона, которое состоит в нарушении оценочного стандарта доброй совести, кристаллизованного судом при разрешении спора. Охватывает ли слово «незаконность» оба эти варианта противоречия закону, или идет речь только о нарушении законодательных предписаний с конкретным содержанием, следует определять по контексту.

### **3.17. Добросовестность и вина**

Когда речь идет о злоупотреблении правом, п. 1 ст. 10 ГК РФ говорит о том, что соответствующее поведение должно носить заведомый

характер. Судя по всему, законодатель исходит из того, что злоупотребление правом возможно только в форме умысла. Насколько этот подход корректен, вопрос дискуссионный. Действительно, кажется сложным помыслить злоупотребление правом по неосторожности. Например, и шикана, и обход закона, и большинство иных вариантов злоупотребления правом происходят осознанно. Вполне очевидно, что в большинстве случаев злоупотребление правом совершается умышленно.

Но всегда ли это так?

Давайте приведем в качестве примера эстоппель. Например, в случае применения эстоппеля сторона действительно может по неосторожности создать у другой стороны разумные ожидания в отношении неиспользования своего права в будущем. Но умысел высвечивается не здесь. Важно понять, был ли умысел на злоупотребление правом в момент, когда лицо, создавшее соответствующие ожидания, далее пытается подорвать их, решив реализовать некую свою формальную правовую позицию. Можно ли помыслить, что злоупотребление правом будет констатировано в ситуации, когда в момент осуществления права лицо не осознавало, что злоупотребляет правом? В нашем примере с эстоппелем встает вопрос о том, всегда ли попытка осуществить свое право вопреки возникшим у другой стороны разумным ожиданиям является умышленно недобросовестной? Как представляется, не всегда. Вполне могут быть такие ситуации, когда в момент, когда сторона пытается осуществить свое право вопреки созданным своим поведением ожиданиям партнера, она сама не знает о возникновении таких ожиданий (например, предыдущее поведение, сформировавшее соответствующие ожидания, носило случайный или неосознанный характер, или управомоченная сторона не знает о том, что партнер уже успел положиться на соответствующие ожидания и понес те или иные расходы). Иначе говоря, вполне могут быть ситуации, когда в момент осуществления некоего права (например, на отказ от договора) управомоченная сторона не знала о тех обстоятельствах, которые с точки зрения принципа доброй совести обосновывают отказ в защите соответствующего права, а узнает она о них уже после осуществления права (например, в ходе судебного разбирательства).

Как представляется, для признания некоего поведения злоупотреблением правом для целей отказа в защите права, признания сделки недействительной и применения иных характерных для режима борьбы со злоупотреблением правом санкций вопрос вины в принципе irrelevant. Он возникает лишь тогда, когда это злоупотребление причиняет убытки и встает вопрос о деликтной ответственности. Здесь

действительно ответственность должна исключаться при наличии доказательств умысла и неосторожности (см. комментариев к п. 4 ст. 10 ГК РФ).

Что же касается тех случаев, когда из доброй совести суд выводит некую обязанность что-то делать или не делать, восполняя тем самым истинный пробел в законе или дополняя договор, а также когда суд применяет принцип доброй совести для конкретизации конкретного законодательного предписания или договорного условия, обязывающего к некоему поведению, неправомерное поведение соответствующего лица вопреки проясненному судом правилу остается неправомерным независимо от вины, но отсутствие вины может в ряде случаев стать основой для освобождения от ответственности по правилам п. 1 и 2 ст. 401 и п. 2 ст. 1064 ГК РФ.

### ***3.18. Сфера применения принципа добросовестности***

Принцип доброй совести, закрепленный в комментируемом пункте, является универсальным по своему значению и должен применяться во всех областях гражданского права. Особое значение он имеет в праве обязательственном, что подтверждается его дублированием в п. 3 ст. 307 ГК РФ в отношении обязательственных отношений. Обязательственные отношения обладают особой динамикой и разнообразием, и здесь потребность в постоянном прояснении, конкретизации, дополнении и коррекции формальных элементов права ощущается особенно остро. Добросовестное поведение здесь требуется на стадии переговоров, при заключении договора, исполнении обязанностей, осуществлении и защите обязательственных прав, реализации вторичных прав, выдвижении возражений и даже после прекращения основных обязательств.

Во многих странах мира добросовестность изначально фиксировалась как принцип обязательственного права, применяемый на стадии исполнения обязательств и на некоторых иных этапах обязательственных отношений, и только со временем по мере развития судебной практики приобретала более универсальное значение, проникая и в иные области частного права (например, Германия, Франция и др.). Российский законодатель в 2013 г. сразу закрепил универсальное частноправовое значение принципа доброй совести.

Соответственно, добросовестность позволяет судам развивать право в области вещного права. Так, например, в Определении СКЭС ВС РФ от 10 марта 2016 г. [№ 308-ЭС15-15458](#) Судом было констатировано злоупотребление правом на снос самовольной постройки. Другой пример – Постановление Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. [№ 5153/10](#). Как представляется, в условиях отсутствия в гражданском

праве разработанных правил соседского права добрая совесть может становиться важнейшим основанием для выведения требований и ограничений в отношении поведения собственников соседских земельных участков. См. подробнее о злоупотреблениях вещным правом комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Активно принцип добросовестности и вытекающий из него запрет на злоупотребление правом применяется в корпоративном праве. Так, например, речь идет о спорах, в которых суды прокалывают «корпоративную вуаль» (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 апреля 2012 г. № 16404/11). В Постановлении Президиума ВАС РФ от 26 марта 2013 г. № 14828/12 было констатировано построение корпоративной структуры в целях злоупотребления правом. Другой пример: в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 Суд признал возможным с учетом конкретных обстоятельств признать недобросовестным указание в уставе или ином внутреннем документе АО в качестве мест проведения общих собраний акционеров населенных пунктов, находящихся вне пределов Российской Федерации. В п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 действия истца по оспариванию решения совета директоров были признаны злоупотреблением правом, поскольку нарушение устава общества при принятии оспариваемого решения вызвано недобросовестными действиями самого истца (неучастием без уважительных причин в работе совета директоров). В п. 4 того же Информационного письма ВАС РФ признал злоупотреблением правом требование о признании недействительным постановления наблюдательного совета акционерного общества, поскольку счел, что истец, неоднократно предъявляя требования о созыве внеочередного общего собрания акционеров по одному и тому же вопросу, действовал с намерением причинить вред акционерному обществу. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 10 сентября 2013 г. № 3330/13 было признано, что заключение договора дарения доли после подачи одним участником общества иска об исключении дарителя из состава участников общества может свидетельствовать о злоупотреблении правом с целью избежать ответственности за намеренное причинение вреда обществу. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 13622/12 были признаны злоупотреблением правом действия по затягиванию ликвидации учреждения, направленные на уклонение от расчетов с кредиторами и освобождение от субсидиарной ответственности, при отсутствии объективных к тому оснований. См. также Определение СКЭС ВС РФ от 15 сентября 2014 г. № 305-ЭС14-67.

Работает принцип добросовестности и в области правового регулирования банкротства. Так, например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15 октября 2013 г. № 7070/13 Суд попытался пресечь ряд злоупотреблений кредиторов своими правами на доступ к информации. См. также: определения СКЭС ВС РФ от 12 марта 2015 г. № 306-ЭС14-4369 (заблокировано злоупотребление правом в виде попытки физического лица прекратить свои долги, возникшие до получения статуса индивидуального предпринимателя, через процедуру банкротства), от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658 (заблокировано злоупотребление правом на перехват требований кредитора в преддверии банкротства в результате частичного погашения третьим лицом требования кредитора в соответствии с правилами ст. 313 ГК РФ с целью лишить этого кредитора статуса заявителя по делу о банкротстве), от 21 марта 2019 г. № 308-ЭС18-25635 (признан злоупотреблением правом «банкротный туризм»); п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 45 (отклонение судом на основании правил о злоупотреблении правом возражений должника в ходе рассмотрения заявления о возбуждении дела о банкротстве, если эти возражения направлены на то, чтобы затянуть введение процедуры банкротства), п. 30 того же Постановления (по мнению Суда, если должник, не обладающий ликвидным имуществом, стабильно получает высокую заработную плату, настаивает на скорейшем завершении дела о своем банкротстве и на освобождении от долгов, чтобы уклониться от погашения задолженности перед кредиторами за счет будущих доходов, но возражает против принятия плана реструктуризации, его поведение может быть расценено как злоупотребление правом). Другой пример – Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 6616/12. Список иллюстраций можно продолжать.

Активно работает этот принцип в области правового регулирования интеллектуальной собственности. Так, согласно п. 147 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 право на наименование некоммерческой организации может быть защищено от действий третьих лиц, являющихся актом недобросовестной конкуренции или злоупотреблением правом, на основании положений ст. 10 ГК РФ. Согласно п. 171 того же Постановления представление в Роспатент недостоверных документов при подаче заявки на регистрацию товарного знака может свидетельствовать о злоупотреблении правом на регистрацию товарного знака и повлечь вынесение судом решения о признании недействительным решения Роспатента и об аннулировании регистрации товарного знака. В п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 признаны злоупотреблением пра-

вом действия лица по приобретению исключительного права на товарный знак, если это лицо выдает себя за бывшего правообладателя тождественного знака, пытаясь тем самым получить конкурентные преимущества, и регистрация знака вводит потребителей в заблуждение. В Определении СКЭС ВС РФ от 13 июля 2016 г. № 305-ЭС16-2802 Суд признал недобросовестным поведение лица, которое еще до регистрации товарного знака обнародовало тождественное с ним изображение в качестве официального логотипа мероприятия, проводимого при государственном (публичном) участии, а после регистрации обратилось с иском к госоргану о защите исключительных прав на этот товарный знак. В другом деле ВС РФ признал злоупотреблением правом действия по регистрации товарного знака не с намерением использовать его, а только с целью запретить третьим лицам использовать соответствующее обозначение (Определение СКЭС ВС РФ от 20 января 2016 г. по делу № 310-ЭС15-12683).

Применяется этот принцип в области жилищного права. Так, например, в Определении СКГД ВС РФ от 4 марта 2008 г. № 5-В07-165 было признано, что сохранение гражданином, расторгшим договор социального найма, регистрации в квартире является злоупотреблением правом, если он длительное время не проживает в ней, выехал добровольно, прекратил выполнять обязательства по договору.

В практике ВС РФ можно найти примеры применения принципа добросовестности и в наследственных правоотношениях (см. п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

Наконец, нет никаких оснований исключать возможность применения принципа добросовестности и вытекающего из него запрета на злоупотребление правом в контексте международного частного права. Например, представим себе, что две российские компании желают обойти императивные нормы российского права и подчинить свой договор при очевидном отсутствии иностранного элемента праву английскому. Они могут попытаться осуществить недобросовестный обход закона следующим путем: изначально одна из двух этих компаний заключит договор с кипрской фирмой, а наличие иностранного элемента легитимирует выбор для данного договора в качестве применимого английского права и исключение применения императивных норм российского права, но далее через короткий отрезок времени по заранее согласованному неформально плану кипрская фирма с согласия контрагента передаст договор (комплекс прав и обязанностей по договору) другой российской компании. При сингулярном правопреемстве оговорка о применимом праве остается в силе, и правопреемник остается ей связанным. В итоге получается, что те

самые две российские компании, казалось бы, достигают поставленной цели — имеют между собой договор, подчиненный английскому праву, и избегают применения императивных норм российского права (за вычетом, естественно, сверхимперативных). Данный прием очевидно неприемлем. Одно из возможных решений состоит в том, чтобы в случае установленного умысла использовать эту двухходовку для формального обоснования результата, противного праву, признать всю схему с привлечением кипрской фирмы притворной и прикрывающей изначальное совершение сделки между двумя российскими компаниями. Но кажется более уместным альтернативное решение — признать цепочку сделок злоупотреблением правом с целью обхода закона, сохранить ее в силе, но применить то правило, которое стороны пытались обойти (а именно невозможность полного и исключającego применение ординарных императивных норм выбора иностранного права в качестве применимого к сделке, в реальности не осложненной иностранным элементом). Выбор между двумя этими вариантами зависит от того, как наше право понимает соотношение доктрины притворности и доктрины обхода закона (см. об обходе закона комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Теоретически возможно применение принципа добросовестности для блокирования строгости формальных правил об исковой давности, но это должны быть самые исключительные случаи (например, когда должник угрозами заставляет кредитора воздерживаться от подачи иска).

Также очевидно, что принцип добросовестности может применяться и в смежных с классическим гражданским правом областях, а именно в праве трудовом и семейном. Так, например, согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 при установлении судом факта злоупотребления работником правом суд может отказать в удовлетворении его иска о восстановлении на работе, так как работодатель не должен отвечать за неблагоприятные последствия, наступившие вследствие недобросовестных действий со стороны работника. О том же см. Определение СКГД ВС РФ от 15 марта 2013 г. № 20-КГ13-5. В Определении СКЭС ВС РФ от 8 октября 2018 г. № 305-ЭС18-9309 признаки злоупотребления правом были обнаружены в соглашении по алиментам.

Более того, процессуальное право России, уж точно к частному праву не относящееся, также знает принцип добросовестности. Так, согласно ч. 2 ст. 41 АПК РФ «[л]ица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами», а «[з]лоупотребление процессуальными правами лицами,



участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом неблагоприятные последствия». О необходимости добросовестно пользоваться процессуальными правами говорит и ч. 1 ст. 35 ГПК РФ, а также ч. 6 ст. 45 КАС РФ.

В налоговом праве с конца 1990-х гг. в судебных актах стала применяться концепция добросовестности налогоплательщика (Постановление КС РФ от 12 октября 1998 г. № 24-П с уточнением позиции КС РФ в Определении от 25 июля 2001 г. № 138-О) для борьбы с использованием формально легитимных схем в целях неприемлемого обхода налогового законодательства. Впоследствии в этих целях стало использоваться несколько иное оценочное понятие – «обоснованность налоговой выгоды» (Постановление Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53). С 2017 г. после вступления в силу ст. 54.1 НК РФ основным инструментом борьбы с налоговой недобросовестностью стало понятие «превышение пределов осуществления прав в сфере налогообложения», предполагающее широкую компетенцию налоговых органов и судов по переоценке налоговых последствий хозяйственных операций вопреки формальным элементам их документирования. В налоговом праве давно провозглашен принцип приоритета существа над формой.

Более того, судебная практика последних лет знает примеры применения принципа добросовестности в налоговом праве и против фискальных органов (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 16 февраля 2018 г. № 302-КГ17-16602). Так, например, в Определении СКЭС ВС РФ от 2 июля 2019 г. № 310-ЭС19-1705 Суд фактически применил против налогового органа эстоппель (впрочем, не назвав его прямо и не использовав термин «добросовестность»). По сути, есть все основания говорить о развитии в российском праве концепции «налоговой добросовестности».

Вопрос о перспективах более широкого использования принципа добросовестности или его функциональных аналогов в сферах публичного права (например, применение принципа запрета противоречивого поведения в области градостроительного регулирования или запрета на злоупотребление городскими властями правом вмешиваться в свободу политических активистов и партий выбирать место, время и маршруты своих законных уличных акций и т.п.) иногда становится предметом дискуссий, но пока говорить о сформированной концепции добросовестности в публичном праве сложно. Государства крайне неохотно допускают широкое судебское усмотрение в ситуациях, когда оно может быть использовано против них самих.

Остро стоит вопрос о применении принципа добросовестности (например, в форме запрета злоупотребления правом) или его функ-

ционального аналога и в сфере уголовного процесса. В абзаце втором п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 29 идея добросовестности осуществления стороной защиты своих прав в рамках уголовного судопроизводства уже нашла свое закрепление: «Суд может не признать право обвиняемого на защиту нарушенным в тех случаях, когда отказ в удовлетворении ходатайства либо иное ограничение в реализации отдельных правомочий обвиняемого или его защитника обусловлены явно недобросовестным использованием ими этих правомочий в ущерб интересам других участников процесса, поскольку в силу требований части 3 статьи 17 Конституции Российской Федерации осуществление прав и свобод человека не должно нарушать права и свободы других лиц». Но споры ведутся по поводу того, насколько уместно развивать идею злоупотребления процессуальными правами стороной защиты, а также логично ли вводить симметричный принцип добросовестности в осуществлении процессуальных прав стороной обвинения. В ряде зарубежных стран принцип добросовестности и запрет на злоупотребление процессуальными правами распространяются на все стороны уголовного процесса (см., например, ст. 3 УПК Швейцарии 2007 г.).

Очевидно, что признание принципа добросовестности и (или) запрета на злоупотребление правом (либо терминологически отличающихся, но функциональных идентичных конструкций) в той или иной области права представляет собой серьезный политико-правовой выбор, поскольку такой шаг способен интенсифицировать судебное правотворчество, понижать значение формальных элементов права. В разных областях права целесообразность расширения практики отступления от формальной правовой определенности во имя содержательной справедливости разрешения конкретного спора и активизации судебного правотворчества может оцениваться по-разному. В сфере частного права в большинстве стран мира, и в России в частности, в течение последних 100 лет стало очевидным, что справиться со всевозможными злоупотреблениями в условиях сверхинтенсивного и разнообразного гражданского оборота рыночного типа без активного вовлечения судов в определение «правил игры» практически невозможно. Поэтому в сфере гражданского права формальному элементу права пришлось потесниться, и судам был открыт прямой доступ к оценке и непосредственному определению содержательного элемента права. Но отнюдь не факт, что во всех иных областях права баланс издержек и выгод сложится также в пользу деформализации права и интенсификации судебного правотворчества. Вполне возможно, что в некоторых сферах правовая стабильность, предсказуемость и опреде-

ленность, неукоснительное соблюдение законодательных или подзаконных правил и крайне сдержанный подход к формированию новых правил на уровне судебной практики (судебный формализм) пусть и приводят иногда к несправедливым результатам, но являются менее опасной альтернативой, чем делегация судам широких полномочий по ретроспективному правотворчеству на nive уточнения, развития или коррекции норм позитивного права. Что бы мы ни думали, и в этих сферах судебное правотворчество неизбежно, но катализация данного процесса за счет внедрения принципа доброй совести в конкретных обстоятельствах может показаться неоправданной.

### ***3.19. Case study: добросовестность при толковании договора***

Все разнообразие правотворческих результатов, которые в разных областях частного права суды получают в результате применения принципа добросовестности, описать в рамках комментария к нормам п. 3 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ крайне затруднительно. Соответствующие правовые позиции логично обсуждать в контексте анализа конкретных институтов, так как в отрыве от иных элементов этих институтов разбор отдельных проясняющих, конкретизирующих, дополняющих и корректирующих вкраплений доброй совести не имеет смысла. Тем не менее ниже в качестве иллюстрации будут приведены некоторые примеры творческого развития права посредством доброй совести в российской судебной практике в областях обязательственного и договорного права.

Вначале остановимся на толковании договора.

Статья 431 ГК РФ устанавливает приоритет буквального толкования договора. Буквальное толкование текста договора осуществляется с опорой на общепринятое в обороте понимание использованных слов и выражений и то, какой смысл из текста договора извлекло бы разумное лицо, если иное значение не следует из деловой практики сторон и иных обстоятельств дела (п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Здесь ВС РФ указывает, что значение имеет то, какой смысл уяснило бы, прочтя договор, третье лицо, являющееся разумным и добросовестным, но какой-то серьезной смысловой нагрузки упоминание добросовестности в этом контексте вряд ли несет. Куда большее значение имеет то, какими характеристиками мы должны наделять этого стороннего читателя: должен ли он быть тем, кто работает в той сфере деловых отношений, в которой заключен договор, или это может быть простой обыватель (ведь, очевидно, нефтяник может прочитать условия договора поставки нефти не совсем так, как поймет его выпускник филфака)? Следует ли вменять этому условному читателю знание о тех обстоятельствах, в которых заклю-

чался данный конкретный договор? Эти вопросы пока не нашли своего ответа в российской судебной практике.

Если буквальное толкование ясно, согласно ГК РФ суд заканчивает процесс толкования и не может перейти к попыткам реконструировать тот смысл, который стороны, возможно, имели в виду на самом деле (как минимум если стороны в суде высказывают разные позиции по поводу толкования). Перейти к подобным реконструкциям суд согласно ст. 431 ГК РФ может только тогда, когда буквальное значение неясно (имеется неоднозначность или противоречивость текста); в этом случае суд переходит к системному толкованию, сопоставляя спорное условие с иными условиями и смыслом договора в целом. На этом этапе условия договора толкуются и рассматриваются судом в их системной связи и с учетом того, что они являются согласованными частями одного договора. Толкование условий договора осуществляется с учетом его смысла и цели и существа законодательного регулирования соответствующего вида обязательств.

При невозможности уяснить смысл с опорой и на системное толкование суд может попытаться реконструировать истинную волю сторон с опорой на всевозможные внешние источники информации (в том числе историю переговоров, переписку, обычаи, сложившуюся практику отношений сторон и даже последующее поведение сторон).

Подобный строгий алгоритм имеет свои серьезные преимущества. Буквализм и формализм в этом аспекте обеспечивает предсказуемость отношений сторон и разрешения споров и тем самым позволяет сторонам лучше координировать свое поведение при исполнении обязательств; помогает избежать судебных ошибок при реконструкции истинной воли, которой могло на самом деле и не быть (так как стороны могли вполне по-разному понимать одно и то же условие договора); снижает литигационные издержки; защищает интересы цессионариев, залогодержателей, наследников и иных третьих лиц, которым те или иные права и долги по обязательствам могут переходить или иным образом противопоставляться, и т.п. Тем не менее очевидно, что проводить в жизнь бескомпромиссно примат буквализма и формализма при толковании договора невозможно. И судебная практика начинает нащупывать исключения, в том числе опираясь на принцип добросовестности.

Одним из таких исключений является принцип абсурдности, который недавно нашел свое закрепление в практике ВС РФ. Суть его в том, что суд может отклонить буквальное прочтение договора, если оно явно противоречит здравому смыслу и точно не могло иметься в виду. Как указал ВС РФ в абзаце третьем п. 43 Постановления

Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, «[т]олкование договора не должно приводить к такому пониманию условия договора, которое стороны с очевидностью не могли иметь в виду». С этим следует полностью согласиться: если в тексте имеется очевидная опечатка или текст спорного условия договора по иным причинам выглядит абсурдно и при этом суду очевидно, что же, собственно, стороны на самом деле имели в виду, суд может и должен отступить от буквального прочтения данного условия договора. В таких обстоятельствах настаивать на буквальном прочтении просто недобросовестно. Заметим лишь, что для применения принципа абсурдности несоответствие буквального текста предполагаемой истинной воле и сама истинная воля, которой суд подменяет текст договора, должны быть абсолютно очевидны.

Другим отступлением от буквализма при ясности текста является указание в том же Постановлении Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 на то, что «[у]словия договора подлежат толкованию таким образом, чтобы не позволить какой-либо стороне договора извлекать преимущество из ее незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ)». В практике ВС РФ уже стали встречаться примеры применения подобного основания для отступления от буквализма в толковании (определения СКЭС ВС РФ от 13 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-19534 и от 15 октября 2019 г. № 305-ЭС19-12786).

В целом смысл данного разъяснения не столь очевиден. Может показаться, что Суд предлагает нижестоящим судам отступать от буквального прочтения в тех случаях, когда условие договора поощряет недобросовестное поведение. В принципе, часто этот случай будет пересекаться с ситуацией очевидной абсурдности.

Можно привести такой пример: по общему правилу отлагательное или отменительное условие считается наступившим, если имеющие место обстоятельства соответствуют тому описанию условия, которое определено в договоре. Но насколько точным и строгим должно быть соответствие между описанием условия в сделке и реальными обстоятельствами? Здесь многое зависит от толкования сделки и существования конкретного условия. Если очевидно, что воля сторон направлена на фиксацию строго формального описания, то даже малейшее отклонение реальных жизненных обстоятельств от него будет означать, что условие не наступило. Например, если условием является превышение официальным курсом доллара того или иного значения, то даже самое незначительное превышение заданного курсового показателя будет означать наступление этого условия. Но в некоторых случаях толкование сделки может натолкнуть на вывод об очевидности того, что стороны не могли иметь в виду, что какое-то объективно незна-

чительное отклонение наступивших обстоятельств от описания условия будет иметь правовое значение. Например, если отлагательным условием для вступления в силу соглашения о реструктуризации долга является погашение всех налоговых обязательств должника в течение определенного срока, может быть очевидно, что на момент заключения соглашения стороны имели в виду значительную (и возможно, даже вполне конкретную) задолженность должника перед бюджетом. Если в такой ситуации впоследствии спорная задолженность будет действительно погашена, но у должника в преддверии истечения указанного в договоре срока возникнет новая чисто техническая недоимка в размере нескольких десятков рублей, то неумолимое применение буквы договора может приводить к абсурдному результату. В такой ситуации суд может допустить исключение из правила о строгом соответствии для случаев крайне незначительных несоответствий за счет применения принципа добросовестности. Этот результат можно обосновать ссылкой на злоупотребление правом сослаться на ненаступление условия, а можно — применением принципа добросовестности при толковании договора.

Но вполне возможно, что суду будет очевидно, что условие договора, поощряющее недобросовестное поведение или позволяющее стороне извлекать из него выгоду, действительно подразумевалось сторонами. Такое возможно, например, в ситуации, когда договор был заключен в результате эксплуатации явной асимметрии переговорных возможностей. Одна из сторон могла просто навязать одной из сторон несправедливое условие. Как представляется, в таких ситуациях неправильно использовать толкование по доброй совести как механизм скрытого ограничения договорной свободы. Суд должен признать, что договор говорит именно то, что в нем написано, но при необходимости обеспечить защиту справедливости и противостоять недобросовестности либо за счет применения ст. 428 ГК РФ, позволяющей защищать слабую сторону договора от навязывания ей несправедливых договорных условий (если слабая сторона инициировала иск об изменении договора и удалении из него несправедливых условий), либо за счет правил п. 1 ст. 10 ГК РФ, блокирующих злоупотребление правом. В последнем случае навязывание слабой стороне явно несправедливого условия и попытка в дальнейшем использовать данное условие могут быть признаны злоупотреблением договорной свободой и повлечь отказ в защите права (см. подробнее комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ). Это все не имеет отношения к толкованию. Толкование договора направлено на уяснение того, что стороны имели в виду, а не на исправление этих договоренностей. Последнюю функцию выпол-

няют иные инструменты, в том числе также опирающиеся на принцип добросовестности.

Впрочем, можно предположить, что ВС РФ имел в виду учет добросовестности не в целях опрокидывания буквального смысла условий договора, а в ситуации, когда текст договора неясен или противоречив: в такой ситуации суду следует выбирать то прочтение, которое представляется более соответствующим принципу добросовестности. Данное использование принципа добросовестности представляется допустимым, но требуется определить, на каком этапе процесса толкования он должен применяться — сразу после выявления неясности или противоречивости либо только после того, как устранить неясность при помощи обычных правил толкования, указанных в ст. 431 ГК РФ, не удалось. Последнее кажется более правильным и соответствующим принципу автономии воли. Как уже отмечалось, если воля сторон порождает несправедливость, с этим следует бороться не путем фиктивного перетолковывания, а за счет ограничения свободы договора. Поэтому, прежде чем бороться с несправедливостью содержания договора, суд должен установить, что имели в виду стороны, используя обычные методы толкования (например, системное толкование, анализ предшествующих заключению договора переговоров и т.п.). Выбор одной из возможных интерпретаций спорного условия на основе представлений о добросовестности, разумности и справедливости возможен только в ситуации интерпретационного тупика, когда обычные методы толкования не позволяют прояснить смысл спорного условия.

Но здесь следует определить, применяется ли этот метод устранения неясности в приоритете перед другим известным способом выхода из тупика в интерпретации — правила *contra proferentem*, согласно которому спорный пункт договора, чей смысл не удалось выявить посредством обычных инструментов толкования, толкуется таким образом, который в большей степени соответствует интересам партнера той стороны, которая составила столь дефектный текст спорного пункта (п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Или толкование спорного условия по добросовестности возможно только тогда, когда применение принципа *contra proferentem* оказалось невозможным (например, не удалось выявить авторство спорного условия или неясно, какая из интерпретаций более предпочтительна для соответствующей стороны)? Не всегда результаты применения этих двух правил выхода из интерпретационного тупика приведут к одинаковому результату. К сожалению, ВС РФ ориентиров на сей счет пока не закрепил.

### 3.20. Case study: недобросовестное поведение на стадии ведения переговоров

Комментируемый пункт требует проявлять добросовестность при установлении прав и обязанностей, п. 3 ст. 307 ГК РФ говорит о том же в отношении установления обязательств. Это значит, что добросовестность следует проявлять при заключении договора. Но ст. 434.1 ГК РФ уточняет, что добрая совесть проникает глубже: она требуется и на стадии ведения переговоров. Недобросовестное ведение переговоров неправомерно и влечет ответственность в виде возмещения убытков.

Институт ответственности за недобросовестное ведение переговоров (преддоговорная ответственность, *culpa in contrahendo*) сейчас признается в праве большинства континентально-европейских стран, включая Германию, Францию, Голландию, Италию, Швейцарию и др. С 1 июня 2015 г. она закреплена и в общих положениях российского ГК, в ст. 434.1. Если добросовестность при установлении прав и обязанностей понимать как распространяющуюся и на этап переговоров, можно говорить о наличии в российском законодательстве правовых оснований для привлечения к преддоговорной ответственности с 1 сентября 2013 г. Но и ранее некоторые формы недобросовестного поведения на стадии переговоров могли стать основанием для взыскания убытков. Так, согласно ст. 178 ГК РФ в редакции, действовавшей до 31 августа 2013 г., сторона могла вместе с оспариванием сделки, совершенной в результате неосторожного введения в заблуждение, взыскать с виновной стороны реальный ущерб. С 1 сентября 2013 г. речь согласно данной статье уже идет о взыскании не просто ущерба, но убытков, т.е. и упущенной выгоды (очевидно при этом, что закон имеет в виду возмещение негативного интереса, т.е. такой суммы реального ущерба и (или) упущенной выгоды, которая должна поставить пострадавшего в то положение, в котором он находился бы, если бы вовсе не заключил договор). Согласно же ст. 179 ГК РФ такие злоупотребления, как применение к контрагенту насилия или угрозы, обман, а также навязывание кабальной сделки лицу, оказавшемуся жертвой стечения тяжелых обстоятельств, также дают пострадавшему право не только на оспаривание сделки, но и на взыскание убытков (опять же подразумевается возмещение негативного интереса). Но закон ранее не регулировал ситуацию, когда сделка не была заключена, но в ходе переговоров одна из сторон вела себя явно недобросовестно, а также ситуацию, когда сделка была заключена, но аннулирована по каким-то иным основаниям (например, корпоративным) или вовсе остается в силе. Фрагментарное упоминание возможности взыскания убытков за неконструктивное поведение на стадии переговоров упоминалось



в ст. 507 ГК РФ в контексте заключения договора поставки, но общие положения ГК РФ на сей счет молчали, а сама ст. 507 ГК РФ применялась крайне редко. Сейчас же в свете правил п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 и ст. 434.1 ГК РФ некорректное поведение может являться основанием для ответственности, так как эта сфера отношений стала новой княжеской вотчиной принципа добросовестности. Подробные конкретные правила, регулирующие эти отношения, сформулировать попросту невозможно, но их подведение под действие принципа доброй совести открыло судам возможности в форме кристаллизации данного принципа постепенно прояснять правила переговорных «игр».

Дабы ускорить этот процесс кристаллизации стандартов добросовестного ведения переговоров, законодатель решил пойти дальше, чем идут авторы ряда аналогичных норм в европейских кодификациях, и сразу же указал несколько конкретных красных черт, которые нельзя переступать на стадии переговоров и при пересечении которых презюмируется недобросовестность. Здесь авторы ГК РФ просто закрепили несколько примеров некорректного поведения на стадии переговоров, которые ранее европейские суды, толкуя общий принцип доброй совести, вывели в своей судебной практике. К недобросовестным приемам ведения переговоров ст. 434.1 ГК РФ, в частности, относит ведение переговоров при заведомом отсутствии намерения заключить договор, сообщение недостоверной информации, неполное раскрытие или умолчание об информации, раскрытия которой требует принцип добросовестности, внезапный, неоправданный и неожиданный для другой стороны выход из переговоров, а также разглашение и ненадлежащее использование конфиденциальной информации, полученной в ходе переговоров. При этом данные случаи являются лишь иллюстрациями, и судам открыта возможность пополнять этот список конкретных запретов и ограничений за счет кристаллизации принципа добросовестности при установлении обязательств и прав (п. 3 ст. 301, п. 3 ст. 307 ГК РФ) и общего запрета на недобросовестное ведение переговоров (ст. 434.1 ГК РФ).

Подробный разбор всей этой проблематики выходит за рамки настоящего комментария. Отметим лишь, что как п. 1 ст. 3 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, так и ст. 434.1 ГК РФ оставляли без ответа вопрос о правовой природе такой ответственности. В ряде европейских стран негативно относятся к взысканию в рамках деликтного иска чистых экономических убытков (т.е. убытков, возникших не в результате причинения делинквентом первичного вреда имуществу, здоровью и иным абсолютным имущественным или неимущественным правам, а непосредственно возникающих в финансовой сфере пострадавшего в результате

того или иного незаконного или недобросовестного поведения делинквента), за исключением случаев совершения преступлений и очевидно аморальных поступков. Поэтому в таких странах возобладала теория, согласно которой стороны, вступая в переговоры, самим этим фактом связывают себя подразумеваемым соглашением в дальнейшем вести переговоры добросовестно, и, соответственно, недобросовестность на переговорах (в том числе в форме той или иной неосторожности) рассматривается как нарушение обязательств, вытекающих из такого подразумеваемого соглашения. При данном подходе, известном, например, немецкому праву, ответственность за недобросовестное ведение переговоров рассматривается как договорная или квазидоговорная. В других же странах, которые признают более широкую сферу применения деликтного иска и допускают взыскание посредством такого иска и чисто экономических убытков при неправомерном (в том числе недобросовестном) поведении ответчика, указанная фикция представляется избыточной, преддоговорные отношения не рассматриваются как реализация некоего подразумеваемого соглашения, а недобросовестное ведение переговоров воспринимается как деликт. Соответственно, здесь взыскание убытков за недобросовестное ведение переговоров происходит посредством деликтного иска. К таким странам относится, в частности, Франция. В Англии, где общий принцип добросовестности пока не закреплён в судебной практике или статутах и, в частности, не признаётся общая идея добросовестного ведения переговоров, не все, но отдельные случаи того, что европейцы назвали бы недобросовестными приемами ведения переговоров (например, обман на переговорах), караются возмещением убытков также посредством деликтного иска.

По какому пути пошла российская судебная практика, становится понятным из п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7: ВС РФ закрепил деликтную теорию преддоговорной ответственности. В целом этот выбор согласуется с тем, что в последние годы практика ВС РФ начала склоняться к французскому, более либеральному подходу к взысканию чистых экономических убытков в рамках деликтного иска (см. подробнее комментарий к п. 1 ст. 15 ГК РФ). Соответственно, согласно российскому праву любой участник оборота обязан вести себя добросовестно при вступлении и ведении переговоров и сам вправе рассчитывать на защиту со стороны суда в случае, если он становится жертвой недобросовестного ведения переговоров своими партнерами.

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров строится, как и стандартный деликтный институт, на началах вины. При

этом презумпция виновности здесь согласно п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не применяется. Видимо, ВС РФ здесь опирался на идею о том, что добросовестность поведения участников оборота в силу п. 5 ст. 10 ГК РФ предполагается, и истец должен доказать недобросовестность ответчика. Тут мы сталкиваемся с определенным противоречием. Добрая совесть очерчивает стандарт поведения, поэтому, чтобы доказать неправомерность поведения ответчика, истец должен доказать нарушение этого стандарта (точнее, убедить суд в том, что поведение лица противоречит тому требованию, которое кажется уместным вывести из принципа добросовестности). Но если истец доказал недобросовестность поведения ответчика, означает ли это, что он неминуемо доказал и вину ответчика? Судя по всему, ВС РФ считает, что да, и поэтому исключает применение правила о презумпции вины. Ведь вина — это доктрина, которая также предполагает отклонение от стандарта поведения (непринятие должных мер заботливости и осмотрительности). Иначе говоря, ВС РФ рассуждал, видимо, так: истец в рамках деликтного иска должен доказать недобросовестность, но если он это сделал, то неминуемо установлена и вина, а значит, бремя доказывания вины лежит на истце, а не на ответчика (как в обычном деликтном споре).

И действительно, когда неправомерность при рассмотрении деликтного иска определяется путем сопоставления поведения ответчика не с четкими и ясными требованиями, а с оценочным и «каучуковым» стандартом поведения (в частности, добросовестности), элемент неправомерности и элемент вины во многом смешиваются и становятся трудноотличимы. Также проблема возникает и при взыскании убытков с директоров юридических лиц, причинивших убытки своим организациям в результате нарушения требований разумности и добросовестности при осуществлении своих полномочий и управленческих функций: доказать неразумность и недобросовестность должен истец, но если эти обстоятельства нарушения директором своих фидуциарных обязанностей установлены, может показаться, что тем самым истец доказывает и вину ответчика.

Впрочем, спасение догматического разделения объективной и субъективной стороны правонарушения в данном контексте вполне возможно. Мыслимо себе представить ситуации нарушения обязанности добросовестного ведения переговоров при отсутствии вины. Например, сторона могла солгать на переговорах, находясь сама в состоянии извинительного заблуждения по поводу соответствующих фактов. Объективная сторона налицо (сообщена недостоверная информация), но не факт, что в поведении этой стороны будет установлена вина. Иначе

говоря, вина как субъективное условие деликтной ответственности может учитывать конкретные, специфические обстоятельства извинительного плана, в то время как недобросовестность как объективный стандарт поведения (элемент неправомерности) определяется без учета этих специфических обстоятельств. Если доказана недобросовестность, на ответчика перекладывается бремя доказывания отсутствия своей вины в строгом соответствии с общими правилами деликтной ответственности (п. 2 ст. 1064 ГК РФ).

Впрочем, такое расщепление кому-то может показаться искусственным. Но эта путаница связана с семантикой понятия добросовестности как этического стандарта. С точки зрения семантики русского языка трудно назвать недобросовестным поведение лица в ходе переговоров, если в таком поведении не было вины. Если бы речь шла о нарушении конкретной обязанности выдать какую-то справку или передать четко определенные документы либо обязанности воздержаться от причинения физического вреда здоровью или имуществу лица, мы бы не сомневались в аналитическом разделении элемента противоправности и элемента вины и легко могли бы представить ситуации, когда есть первое, но нет второго. В случае с добросовестностью ситуация несколько иная. Но если мы правильно понимаем суть добросовестности не как непосредственно действующего правила поведения, а как источника формирования судами таких вполне конкретных правил судами (как, например, требования сообщать достоверную информацию в ходе переговоров), то ситуация проясняется. Конкретный ответчик всегда нарушает не принцип доброй совести, а вполне конкретное требование, из этого принципа, по мнению суда, вытекающее (и когда мы говорим о нарушении принципа добросовестности, мы это подразумеваем), и нарушить такое требование он может в том числе и невиновно. В последнем случае, если отсутствие вины доказал ответчик, деликтная ответственность должна исключаться.

Также следует критически оценить тот фрагмент п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, в котором суд указывает, что общее правило о презумпции добросовестности ведения переговоров и несении истцом бремени доказывания недобросовестности ответчика не действует в случаях, когда истом доказано а) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны, или б) внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать. По мысли ВС РФ, если

истцом доказаны указанные обстоятельства, то недобросовестность предполагается, и бремя доказывания добросовестности перекладывается на ответчика. Как представляется, здесь допущена логическая ошибка: если истец доказал, что ответчик в ходе переговоров сообщил значимую недостоверную информацию или внезапно, неоправданно и неожиданно вышел из переговоров, стандарт доказывания недобросовестности уже соблюден, и на ответчика перекладывается а) бремя опровержения этих доказательств истца и представления иных доказательств, которые могли бы позволить суду усомниться в гипотезе истца о нарушении требований добросовестности в ходе переговоров, и б) бремя доказывания своей невинности (например, того, что он сам не знал и не должен был знать о том, что сообщает в ходе переговоров недостоверную информацию). Ответчик может защищаться одним из двух указанных способов или обоими сразу. Иначе говоря, здесь нельзя увидеть исключение из общего правила о несении истцом бремени доказывания недобросовестности (т.е. неправомерности поведения ответчика в ходе переговоров) — просто работают общие правила о распределении бремени доказывания и стандарте доказывания и общие правила ст. 1064 ГК РФ о применении презумпции вины при установленном факте причинения вреда неправомерным поведением.

### ***3.21. Case study: дополнение договора новыми правами и обязанностями***

Добросовестность при исполнении обязательства (включая информирование, содействие, учет прав и интересов друг друга), вытекающая как из п. 3 ст. 1, так и из п. 3 ст. 307 ГК РФ, означает, что поведение стороны обязательства (должника или кредитора) должно соответствовать не только условиям договора и императивным или не исключенным сторонами диспозитивным нормам закона, а также обычаям, но и стандартам справедливости и разумности, честной деловой практики. Суд наделен компетенцией сопоставить поведение должника и кредитора по некоему обязательству с принципом добросовестности, как он понимается судом, и в случае отклонения поведения стороны от того правила, которое суд выводит из стандарта доброй совести, признать ее нарушителем подразумеваемой обязанности действовать добросовестно и применить к ней те санкции, которые право или договор предполагают применять к контрагенту на случай нарушения им своих обязательств (право на расторжение договора при существенном нарушении, взыскание убытков и т.п.).

Восполнение договорного правоотношения новыми правилами осуществляется судами не только на основании правила п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, но и с опорой на п. 2 ст. 6 ГК РФ, который еще с 1995 г. дает суду право восполнить пробел в договоре за счет

правила, которое суд готов сформулировать с опорой на принцип добросовестности (а также требования разумности и справедливости). Как отмечено в комментарии к п. 2 ст. 6 ГК РФ, этот механизм исполнения договора работает не только тогда, когда имеет место истинный (формально-логический) пробел, без исполнения которого спор в принципе невозможно разрешить, но и при наличии телеологического пробела, т.е. в ситуации, когда без данного нового правила спор разрешить можно с опорой на общие правила ГК РФ и условия сделки, но результат будет явно несправедлив, и формирование нового правила обусловлено необходимостью учесть специфику конкретной ситуации, не предусмотренную законодателем при формулировании общих норм.

Добросовестность при исполнении обязательств начала признаваться судами еще до появления в ГК РФ п. 1 ст. 3 (например, Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 3318/11).

Право требования взыскания убытков при нарушении таких подразумеваемых обязанностей подчиняется общим правилам об ответственности за нарушение обязательства (гл. 25 ГК РФ). Это, в частности, означает, что, если нарушитель является лицом, осуществляющим в рамках этого договора предпринимательскую деятельность, он обязан возместить убытки независимо от своей вины в нарушении таких обязанностей; ответственность исключается только при наличии непреодолимой силы, если наличие таких обстоятельств будет доказано нарушителем (п. 3 ст. 401 ГК РФ). В остальных же случаях должник несет ответственность при наличии вины (т.е. при умышленном или неосторожном нарушении); при этом вина презюмируется, и обратное подлежит доказыванию нарушителем (п. 1–2 ст. 401 ГК РФ).

Восполнение договорного правоотношения за счет прав и обязанностей, вытекающих из доброй совести, известно большинству континентально-европейских правовых порядков (Германия, Франция и др.) и актам международной унификации частного права. Так, согласно ст. 1.7, а также ст. 5.1.1 и 5.1.2 Принципов УНИДРУА должник не только обязан к тому, что прямо закреплено в договоре или позитивном праве, но и связан подразумеваемыми условиями, которые суды могут ретроспективно определить с учетом характера и цели договора, практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях, добросовестности и честной деловой практики и разумности. Примерно то же закреплено и в ст. II.–9:101 Модельных правил европейского частного права. Английские же суды здесь обычно обходятся без концепции доброй совести, но (намного реже, чем их континентальные коллеги, и при соблюдении ряда жестких условий) дополняют

контракты за счет использования фикции подразумеваемых условий (implied terms).

Так, например, явно недобросовестно со стороны должника осуществить платеж крупной суммы монетами, если такая возможность не была оговорена или не соответствует сложившейся в отношениях сторон практике и, соответственно, подрывает разумные ожидания кредитора. Например, когда должник по денежному заемному обязательству размером в 10 млн руб. из вредности предлагает кредитору принять платеж наличными на указанную сумму в виде грузовика с мешками мелких монет, кредитор может отвергнуть такой платеж как ненадлежащий (нарушающий подразумеваемую обязанность в отношении порядка погашения денежного долга), а также может принять такой платеж, но потребовать от должника возмещения своих расходов на инкассацию.

В качестве еще одного примера такой кристаллизации нового конкретного правила на уровне судебной практики на основе правил п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 6 и п. 3 ст. 307 ГК РФ можно привести обязанность уведомить контрагента о наступлении обстоятельств непреодолимой силы. Эта обязанность не закреплена в законе и иногда не фиксируется в договоре. В то же время ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 10) вывел ее из применения принципа добросовестности и указал, что в случае нарушения данной обязанности возникает ответственность в виде возмещения убытков.

Если в договоре были закреплены банковские реквизиты кредитора по обязательству, из принципа добросовестности вытекает обязанность кредитора заблаговременно сообщить своему должнику о закрытии счета в данном банке, чтобы исключить ситуацию, когда должник, не зная о закрытии счета кредитора, отправит деньги по указанным в договоре реквизитам и столкнется с проблемами с возвратом данной суммы (например, в связи с банкротством данного бывшего банка кредитора). Этот подход нашел свое закрепление в Определении СКЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 306-ЭС15-5083.

Можно привести и такой пример: стороны заключают договор под отлагательным или отменительным условием или договор, содержащий отдельное обязательство под отлагательным или отменительным условием; в такой ситуации из принципа добросовестности следует, что ни одна из сторон не должна совершать действия, направленные на способствование или препятствование наступлению таких условий к своей выгоде и невыгоде другой стороны, если из программы договорных отношений, существа договора, обычаев и т.п. не следует, что подобное вмешательство допускается и не будет сюрпризом для другой

стороны. Во всех подобных случаях недобросовестное поведение соответствующей стороны может стать поводом для взыскания договорных убытков в связи с нарушением подразумеваемой обязанности (п. 1 ст. 3, п. 3 ст. 307 ГК РФ), а также в ряде случаев и заблокировать попытку извлечь выгоду из формального наступления или ненаступления условия (п. 4 ст. 1 ГК, п. 3 ст. 157 ГК РФ). Например, согласно п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, если сторона договора, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению обстоятельства, на случай которого установлено это возмещение, для целей применения ст. 406.1 ГК РФ такое обстоятельство считается ненаступившим (п. 4 ст. 1, п. 2 ст. 10 ГК РФ).

И наоборот, иногда не из конкретных условий договора, но из существа договора и принципа добросовестности может следовать обязательство одной из сторон активно способствовать или препятствовать наступлению условия. Например, если лицензионный договор привязывает размер роялти, подлежащего выплате правообладателю, к размеру доходов, которые извлечет лицензиат, из характера договора может вытекать подразумеваемая обязанность лицензиата прикладывать разумные усилия к использованию соответствующей лицензии для извлечения дохода. Это в первую очередь касается исключительной лицензии. Если эта обязанность прямо в договоре не обозначена, но и прямо не исключена, она может быть признана вытекающей из доброй совести. Если издательство получило исключительную лицензию на издание и распространение некоей книги, книгу напечатало, но не запустило ее в продажу или занимается продажами крайне вяло в нарушение общепринятых стандартов, ни в коей мере не заботясь об интересе автора на получение вознаграждения по исключительной лицензии, автор может обвинить издательство в нарушении подразумеваемой обязанности, расторгнуть договор и потребовать возмещения убытков. Или представим договор международной купли-продажи, который обуславливает обязательство покупателя по предоплате импортируемого товара получением покупателем тех или иных разрешительных документов на импорт соответствующего товара. В соглашении может быть не предусмотрено прямо, но из всего смысла договора и обстоятельств дела может со всей очевидностью следовать, что продавец имеет право ожидать от покупателя совершения активных действий по оформлению таких документов и как минимум приложения разумных усилий для достижения этого результата. Данные обязанности могут имплицироваться со ссылкой на п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.



Условная сделка, ставящая обязательства или распорядительный эффект под отлагательное условие, может предусматривать обязательства одной или обеих сторон воздерживаться от совершения действий, которые могут привести к тому, что в случае наступления условия соответствующий распорядительный правовой эффект окажется не имеющим силы или обязательство окажется невозможным к исполнению. Например, если совершена распорядительная сделка с отлагательным условием, у покупателя имеется право ожидания наступления такого условия и приобретения права на движимую вещь (имущественное право), и при этом данная сделка сопровождается обязательством собственника в период до наступления условия не отчуждать эту вещь (имущественное право) третьим лицам, не уничтожать ее, не закладывать и т.п., то нарушение такого обязательства может наделить несостоявшегося покупателя правом на иск об убытках. Но если стороны не предусмотрели такие обязательства прямо, то в ряде случаев с учетом конкретных обстоятельств вполне возможно вывести их из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ). В качестве примера можно привести ст. 5.3.4 Принципов УНИДРУА, согласно которой «[в] ожидании выполнения условия сторона не может в нарушение обязанности добросовестности и честной деловой практики совершать такие действия, которые нанесут ущерб правам другой стороны в случае выполнения условия».

Другой пример: представим ситуацию, когда сторона договора получает якобы от контрагента, являющегося юридическим лицом, заявление об отказе от договора, подписанное заместителем директора этого юридического лица, и при этом доверенность на подписание такого заявления не приложена, ранее адресату не предъявлялась и адресат не уверен в том, что в подобной ситуации речь может идти о полномочиях в силу обстановки. Казалось бы, адресат здесь может просто игнорировать такое заявление и впоследствии апеллировать к тому, что у него не было оснований воспринимать данное письмо как выражение воли контрагента. Тем не менее такое пассивное поведение может показаться недобросовестным (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). С точки зрения стандарта честной деловой практики разумный участник оборота в описанной ситуации должен запросить контрагента подтвердить или опровергнуть наличие у подписанта полученного заявления соответствующих полномочий (как минимум если имелись разумные основания допустить, что у подписанта были полномочия).

Во всех подобных случаях восполнения договора не прописанными в нем, но вытекающими из доброй совести обязанностями нет истинного (формально-логического) пробела закона, но при этом

поведение стороны явно нарушает подразумеваемую обязанность, вытекающую из принципа добросовестности. Последнее позволяет обвинить такую сторону в неправомерном поведении, поскольку требование добросовестности закреплено в позитивном праве в п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

Но дополняющая функция принципа добросовестности не сводится к выведению во имя справедливости и разумности не прописанных в договоре и неизвестных источникам права обязанностей, но и дополнение договора за счет признания за одной из сторон или обеими сторонами неких секундарных (преобразовательных) прав, таких как право на отказ от договора при наступлении определенных обстоятельств. Выводимое из доброй совести правило может быть также новым условием осуществления некоего секундарного (преобразовательного) права. Так, например, закон не требует от стороны, пожелавшей отказаться от договора в связи с предвидимым нарушением договора ее контрагентом (возникновением обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что контрагент нарушит договор в будущем), проинформировать партнера о своих планах заранее и дать партнеру возможность развеять сомнения или предоставить достаточные гарантии будущего надлежащего исполнения, но судебная практика вывела такую дополнительную обязанность предупреждения на основе принципа доброй совести (см. п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). По логике нарушение данного требования должно влечь не возмещение убытков, а блокирование права на превентивный отказ от договора. По сути, ВС РФ сформировал дополнительное условие осуществления права на превентивный отказ от договора.

Добрая совесть может быть источником формирования и иных неизвестных закону правил, не только прав и обязанностей в узком смысле, но и, например, правил распределения рисков или сроков существования тех или иных правоотношений. Например, нередко стороны заключают сделку под отлагательным условием, но не предусматривают предельный срок ожидания условия. Это порождает аномальную ситуацию вечной подвешенности и неопределенности в отношениях сторон, но право не может терпеть такую противоестественную ситуацию и вынуждено вмешиваться. Поэтому суды должны дополнять договор за счет импликации срока ожидания условия с опорой на п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 6 и п. 3 ст. 307 ГК РФ путем применения разумного срока, определяемого с учетом конкретных обстоятельств, а также выводить подразумеваемое последствие ненаступления условия в течение этого разумного срока, опять же учитывая природу сделки. Например, очевидно, что, если под отлагательное условие поставлен

весь sinalлагматический договор в целом, ненаступление условия в течение разумного срока должно влечь окончательное и бесповоротное прекращение правовой связи сторон. Если же в рамках sinalлагматического договора встречное обязательство за уже полученное должником предоставление поставлено под отлагательное условие, зависящее от случайных обстоятельств или самого должника, воля одарить или по иным основаниям списать долг по прошествии некоего срока не прослеживается, то логично выводить из принципа доброй совести, что по окончании разумного срока отлагательное условие отпадает, встречный долг созревает и может быть взыскан. В любом случае, если в течение разумного срока условие не наступает, условная правовая связь должна отпадать, а правовая определенность (в том или ином варианте) – наступать. См. подробнее об этой проблеме комментарий к ст. 157 ГК РФ<sup>1</sup>.

Иначе говоря, принцип добросовестности в обязательственном праве в динамическом плане позволяет в рамках эволюционного развития судебной практики выводить все новые и новые конкретные правила поведения сторон в рамках некоего обязательственного правоотношения, формально не закрепленные в законе или в договоре и не вытекающие из сложившихся обычаев, но представляющиеся судам разумными и справедливыми.

Более того, добросовестность позволяет судам выводить из соображений разумности и справедливости права и обязанности, которые актуализируются после прекращения основных договорных обязательств. На это сейчас прямо указано в п. 3 ст. 307 ГК РФ. По сути, речь здесь идет о том, что суд дополняет договорное правоотношение правами и обязанностями, которые созревают (возникают) после прекращения основных обязательств по договору. Например, из принципа добросовестности может следовать, что после расторжения и прекращения обязательств по договору аренды торгового помещения арендодатель должен позволить арендатору разместить на какое-то разумное время у входа в данное помещение объявление о новом месте нахождения торговой точки арендатора, а после прекращения договора аренды офиса в течение разумного срока сообщать арендатору о поступлении на его прежний адрес некой официальной корреспонденции (например, уведомлений из налогового органа). То же касается и обязанности банка выдать бывшему клиенту после закрытия банковского счета

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. С. 102–121 (п. 1-2.17) (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

справку по операциям по данному счету, если таковая ему по тем или иным причинам потребовалась (например, для оформления визы). Похожее дело рассматривалось ВАС РФ, и такая постдоговорная обязанность банка была признана, но так как дело рассматривалось в 2009 г., в период, когда общий принцип добросовестности еще не был закреплен в ГК РФ, Суд просто констатировал данную обязанность без какого-либо правового обоснования (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 декабря 2009 г. № 13611/09).

Фиксация конкретных прав и обязанностей или иных правил, дополняющих основные обязательственные отношения сторон и выведенных судом из принципа добросовестности, на уровне правовых позиций ВС РФ на будущее формирует действующее и известное сторонам заранее правило, которое впоследствии нижестоящие суды будут применять формально, как если бы это правило было закреплено в самом договоре или законе, пока не возникнет потребность данные правила также скорректировать или уточнить.

В ходе накопления судебной практики эти выводимые из принципа добросовестности обязанности могут постепенно при помощи правовой науки разбиваться на группы и категории, позволяющие впоследствии структурировать применение принципа добросовестности судами и сделать его более предсказуемым (например, группы информационных обязанностей, обязанностей по сотрудничеству, постдоговорные обязанности и т.п.). Примерно так принцип добросовестности при исполнении обязательств работает во многих европейских странах, и нет особых причин не предвидеть такое же его функционирование и в контексте российского права.

Все вышесказанное относится и к восполнению обязательственного правоотношения, вытекающего не из договора, а из иного правового основания (деликта, неосновательного обогащения и т.п.).

#### **4. Запрет на извлечение преимуществ из незаконного или недобросовестного поведения**

В комментируемой норме закреплен известный принцип справедливости, согласно которому нельзя допустить, чтобы лицо, ведущее себя недобросовестно или незаконно, могло наслаждаться выгодами или преимуществами, которые оно приобретает за счет такого поведения.

Данная норма противопоставляет незаконность и недобросовестность, но в свете того, что было написано в п. 3.15 комментария к настоящей статье, у такого противопоставления нет концептуальных оснований. Недобросовестное поведение прямо запрещено законом

(п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10, п. 3 ст. 307 ГК РФ и т.п.), и поэтому также незаконно. Просто в данном случае мы имеем дело с особой формой неправомерности: лицо нарушает правило, которое на основе делегированной компетенции конкретизирует суд.

Рассматриваемая норма говорит о преимуществах, к которым следует отнести как сугубо материальные выгоды (доходы), так и иной выигрыш, включая приобретение тех или иных прав, привилегий, возражений и т.п. По идее, право не должно оставлять правонарушителя подобными преимуществами, иначе у других лиц в подобной ситуации возникают стимулы совершать аналогичные правонарушения, и право не справляется с функцией их превенции, эффективной защиты прав и охраны правопорядка. По сути, возникновение ситуации, когда правонарушитель в результате формального правоприменения остается в выигрыше, означает несовершенство сугубо формального правового механизма. Исправлять такие ситуации призван комментируемый принцип. Он должен был бы применяться и без прямого законодательного закрепления, вытекая из общего принципа доброй совести, но его законодательное признание — вполне удачное решение, так как позволяет судам чаще решаться на реализацию данной задачи.

Некоторые случаи реагирования правовой системы на ситуации, когда формальное правоприменение приводит к результатам, которые оставляют правонарушителю некие преимущества, давно известны законодательству (например, п. 3 ст. 157 ГК РФ). Если бы этих конкретных норм не было в законе, тот же результат мог бы быть достигнут за счет применения п. 4 ст. 1 ГК РФ. Но в большинстве других ситуаций в законе не обнаруживаются специальных правил, направленных на противодействие извлечению правонарушителем выгод и преимуществ из своего неправомерного (в том числе недобросовестного) поведения, и тогда суд должен обращаться непосредственно к п. 4 ст. 1 ГК РФ и творчески выводить из этого принципа конкретное правовое решение, способное реализовать его в контексте конкретных обстоятельств. Эта задача не всегда тривиальна. Далее приведем несколько примеров.

#### ***4.1. Некоторые известные закону специальные механизмы реализации идеи, отраженной в п. 4 ст. 1 ГК РФ***

##### *(а) В контексте отлагательного или отменительного условия*

Согласно п. 3 ст. 157 ГК РФ, если лицо недобросовестно способствует или препятствует наступлению отлагательного или отменительного условия к своей выгоде, право аннулирует результат такого вмешательства за счет применения фикции ненаступления или фикции наступления условия соответственно. Несмотря на то что условие фор-

мально наступило или не наступило, если это произошло в результате неправомерного (в том числе недобросовестного) вмешательства одной из сторон к своей выгоде в естественный ход событий, подрывающего разумные ожидания и противоречащего подразумеваемой программе отношений сторон, суд может признать условие соответственно ненаступившим или наступившим. Тем самым суд пытается дезавуировать последствия такого вмешательства, если, конечно, применение такой фикции в интересах другой стороны.

Например, если под условие решения муниципального органа власти о реконструкции дороги вокруг торгового центра было поставлено секундарное (преобразовательное) право арендатора на односторонний отказ от долгосрочного договора аренды, а это решение впоследствии было принято в результате коррупционного влияния со стороны арендатора, желающего таким образом создать условия для избавления от договорных пут, то имеются основания для срабатывания фикции ненаступления условия.

Это касается и тех ситуаций, когда под условие поставлено отдельное обязательство по сделке. Например, если сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению обстоятельства, на случай которого установлено это возмещение, для целей применения ст. 406.1 ГК РФ такое обстоятельство считается ненаступившим в силу п. 4 ст. 1 (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Норма п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления или ненаступления условия применима не только к случайным условиям, т.е. условиям, наступление которых при нормальном ходе вещей не зависит от поведения ни одной из сторон сделки. Эта норма применима и к условиям, которые находятся в сфере полного или частичного контроля одной из сторон (т.е. потестативным или смешанным условиям). Здесь по общему правилу речь может идти о применении фикции против другой стороны, которая тем или иным образом к своей выгоде недобросовестно воспрепятствовала или способствовала наступлению условия. Нахождение условия в сфере контроля одной из сторон не означает, что другая сторона не может недобросовестно вмешаться и воспрепятствовать или способствовать наступлению условия. Например, если под условие поставлен автоматический переход права собственности на движимую вещь, поставленную с оговоркой об удержании права собственности до момента полного расчета по правилам ст. 491 ГК РФ, то уклонение поставщика от получения последнего платежа в рамках графика рассрочки будет запускать распорядительный эффект вопреки формальному ненаступлению условия.

Срабатывание фикции применительно к потестативным и смешанным условиям по общему правилу невозможно против той стороны, от чьего поведения зависит наступление условия. Этот вывод прямо вытекает из указания в норме на недобросовестность. Когда наступление или ненаступление условия отдано договором в дискреционную власть одной из сторон (независимо от того, является условие потестативным или смешанным), то любое решение этой стороны по общему правилу не может быть поставлено ей в вину. Следовательно, нет оснований говорить о недобросовестности. А раз нет недобросовестности, то нет и фикции наступления или ненаступления условия в порядке п. 3 ст. 157 ГК РФ. Например, если договор купли-продажи мебели в квартире поставлен под условие переезда продавца в другой регион, тот факт, что продавец не переезжает, не означает, что он недобросовестно препятствует наступлению условия.

В то же время в отношении подобных потестативных или смешанных условий применение фикции против стороны, от чьего поведения и воли зависит наступление условия, вопреки выведенному выше общему правилу все-таки возможно, если из содержания договора или подразумеваемой воли сторон вытекает обязанность данной стороны обеспечить наступление условия либо добросовестно способствовать его наступлению или, наоборот, воздерживаться от поведения, которое может привести к наступлению условия, а эта сторона почему-то уклоняется от исполнения подразумеваемой или прямо закрепленной в договоре обязанности. В качестве примера реализации такого подхода применительно к смешанному условию можно назвать Постановление Президиума ВАС РФ от 29 апреля 1997 г. № 129/97.

Так, например, если обязательство по доплате покупателем премии к изначальной цене поставлено под условие получения покупателем сертификата соответствия на купленный товар и из смысла или содержания договора со всей очевидностью следовало, что покупатель будет как минимум стремиться это сделать, то недобросовестное уклонение покупателя от приложения всяческих усилий к достижению этой цели может быть оценено по правилам п. 3 ст. 157 ГК РФ и запустить фикцию наступления условия.

Ко всем ли случаям применима фикция? Очевидно, что не ко всем. Срабатывание фикции является механизмом защиты и возможно, когда вмешательство одной из сторон носит недобросовестный характер, но только при условии, что это соответствует интересам стороны, пострадавшей от недобросовестного вмешательства партнера. Иначе говоря, могут быть ситуации, когда недобросовестное вторжение одной из сторон в естественный ход событий имеет место, но применение

фикции никак интересам другой стороны помочь не может или даже может оказаться крайне нежелательным.

Например, между продавцом зеленых насаждений и покупателем, специализирующимся на выполнении работ по благоустройству городской среды, в преддверии проведения торгов по выбору соответствующего подрядчика для выполнения комплексных работ по благоустройству заключен договор на поставку зеленых насаждений под условием победы поданной покупателем заявки на участие в торгах. Далее допустим, что цены или иные условия на рынке изменились, и поставщик, желая освободиться от ставшей невыгодной для него условной договорной связи, за счет коррупционного влияния или иным подобным образом добивается необоснованного отклонения заявки покупателя на участие в торгах. Недобросовестность поставщика налицо. Но насколько в интересах пострадавшей компании, чьи планы на победу в торгах были столь грубо растоптаны недобросовестным вмешательством поставщика, будет включение фикции признания условия наступившим? Нужны ли ей зеленые насаждения в определенном в договоре объеме в ситуации, когда торги отменены? В большинстве случаев нет.

Таких ситуаций может быть множество.

Иными словами, когда сторона недобросовестно вмешивается в естественный или ожидаемый ход событий и способствует или препятствует наступлению условия, абсолютно неразумно применять нормы, предусмотренные в п. 3 ст. 157 ГК РФ, если включение фикции соответственно ненаступления или наступления условия явно невыгодно другой, добросовестной стороне.

Но проблема в том, что во многих случаях с абсолютной точностью определить, что пострадавшему контрагенту применение фикции выгодно, невозможно. Неопределенность в этом вопросе может быть крайне неприятной и вызывать серьезные противоречия, так как каждая из сторон не может быть уверенной в том, сработала ли фикция и возникли ли соответствующие условные правовые эффекты.

Можно предложить следующий вариант устранения правом этой неопределенности.

Применение фикции наступления или ненаступления условия служит средством защиты от недобросовестного поведения одной из сторон сделки. Речь идет о своего рода санкции. Было бы логично, если бы, как и многие другие подобные меры, этот инструмент применялся не автоматически, а по волеизъявлению (заявлению) пострадавшей стороны. При таком подходе получаем следующее решение. Когда одна из сторон недобросовестно препятствует или способствует на-



ступлению условия, фикция наступления или ненаступления условия применяется, если пострадавшая в результате этого сторона заявляет о применении данной фикции в течение разумного срока после того, как она узнала или должна была узнать о недобросовестном поведении первой стороны. Если потерпевшая сторона не воспользовалась своим правом в течение разумного срока, то впоследствии сослаться на эту фикцию будет нельзя.

Такое решение основано на понимании того, что никто лучше самих сторон не знает, что в их интересах, а что нет. Любые попытки императивно закрепить автоматическое применение фикции наступления или ненаступления условия, а равно предоставление судам права в каждом конкретном случае *ex post* (возможно, через много лет) определять, было ли наступление условия выгодно той или иной стороне, будут либо являться неадекватными в части случаев, либо порождать вредную в гражданском праве неопределенность.

Здесь также встает вопрос о возможной ответственности одной из сторон за препятствование или способствование наступлению условия помимо защитного механизма фикции. Представляется, что в тех случаях, когда договор прямо возлагает на одну из сторон обязанность обеспечить наступление условия или избежать поведения, которое может привести к наступлению условия, право на возмещение убытков в случае ненаступления обещанного результата не может ставиться под сомнение, так как нарушено обязательство (в коммерческих отношениях — в силу п. 3 ст. 401 ГК РФ за рамками случая с непреодолимой силой). Когда договор возлагает на сторону обязанность приложить максимальные усилия и добросовестно стремиться к обеспечению наступления (или ненаступления) условия или обязательство обеспечить наступление (или ненаступление) условия, ответственность за убытки также наступает, если соответствующая сторона не приложила должную степень усилий для обеспечения наступления или ненаступления условия (или не смогла обеспечить нужный результат, если договор предполагает соответствующую гарантию). Если же такие прямые обязанности в сделке не обозначены, то ответственность в виде возмещения убытков также может наступать. Соответствующая обязанность воздерживаться от недобросовестного способствования или препятствования наступлению условия, за нарушение которой и может возникать ответственность, в данном случае будет выводиться из общего принципа добросовестности, позволяющего суду в силу п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 6 и п. 3 ст. 307 ГК РФ восполнять договор не прописанными в нем подразумеваемыми обязанностями.

Этот аспект особенно важен в силу того, что, как ранее уже отмечалось, срабатывание фикции наступления или ненаступления условия далеко не всегда будет соответствовать интересам пострадавшей стороны. Поэтому она может оказаться без того защитного механизма, который обозначен в п. 3 ст. 157 ГК РФ.

*(б) Недостойный наследник*

Согласно п. 1 ст. 1117 ГК РФ «[н]е наследуют ни по закону, ни по завещанию граждане, которые своими умышленными противоправными действиями, направленными против наследодателя, кого-либо из его наследников или против осуществления последней воли наследодателя, выраженной в завещании, способствовали либо пытались способствовать призванию их самих или других лиц к наследованию либо способствовали или пытались способствовать увеличению причитающейся им или другим лицам доли наследства, если эти обстоятельства подтверждены в судебном порядке». Так, если наследник убил наследодателя, желая ускорить вступление в права наследования, он не может вступить в права наследования.

*(в) Взыскание с нарушителя права доходов, извлеченных из факта правонарушения*

Российский ГК (абзац второй п. 2 ст. 15) вслед за голландским предусматривает, что лицо, чье право нарушено, может взыскать с правонарушителя в качестве минимума своих убытков тот доход, который нарушитель получил в результате своего правонарушения. Такая мера пока очень редко применяется на практике, но является крайне важным инструментом превенции правонарушений и обеспечения законности, лишая нарушителя стимулов осуществлять циничные атаки на права других участников оборота. Наше чувство справедливости протестует против того, чтобы лицо, нарушившее право другого лица, смогло оставить себе весь неправомерный доход. По справедливости этот неправомерный доход должен быть либо изъят в доход государства, либо отдан пострадавшему. Последнее решение является более предпочтительным и предусмотрено в абзаце втором п. 2 ст. 15 ГК РФ. Потерпевший, возможно, и не извлек бы из своего права тот же объем доходов, который смог извлечь нарушитель, и в этом плане присуждение таких доходов нарушителя в пользу пострадавшего может привести к сверхкомпенсации, но это представляется вполне терпимым. Если взвесить на условных весах некоторое отступление от строгой компенсационности ответственности и принципа корректирующей справедливости, с одной стороны, и несправедливость допущения ситуации, когда нарушитель остается в выигрыше в результате нарушения прав ближнего и превышения своих выгод от нарушения

над доказанными убытками пострадавшего, с другой стороны, выбор кажется очевидным. Впрочем, здесь возникает целый веер проблем и вопросов, анализ которых см. в комментарии к абзацу второму п. 2 ст. 15 ГК РФ.

#### **4.2. Некоторые иные примеры применения п. 4 ст. 1 ГК РФ**

Можно привести ряд ситуаций, где п. 4 ст. 1 ГК РФ может применяться во имя справедливого разрешения спора, без подкрепления со стороны специальных норм закона. Чаще всего п. 4 ст. 1 ГК РФ будет применяться в сочетании с правилом ст. 10 ГК РФ. Обычно речь идет о злоупотреблении правом, состоящем в том, что лицо пытается извлечь выгоду из реализации права, приобретенного в результате неправомерного (в том числе недобросовестного) поведения, или реализация права приведет фактически к тому, что лицо выиграет в результате неправомерного (в том числе недобросовестного) поведения. Но могут быть и такие ситуации, когда п. 4 ст. 1 ГК РФ становится основанием для некоторого правового решения, не связанного с применением доктрины злоупотребления правом.

Далее мы приведем лишь несколько примеров. Очевидно, что потенциал у данной нормы достаточно большой.

*(а) Невозможность реализации права, возникшего в результате неправомерного поведения*

Если лицо приобретает формальное право или некую иную формальную правовую позицию в результате собственного правонарушения, оно не может рассчитывать на защиту своего права в суде. В контексте конкретных обстоятельств это может быть крайне несправедливо.

Так, например, если при наличии в договоре валютной оговорки должник попадает в просрочку и после этого курс иностранной валюты, в которой выражен долг, падает, должнику не может быть позволено получить выгоду от снижения рублевого эквивалента его долга, поскольку иначе право позволяло бы должнику извлекать выгоду в результате своего неправомерного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). В такой ситуации кредитор вправе требовать взыскания с должника всей разницы, образовавшейся из-за разности курсов на момент начала просрочки и на момент фактического платежа на основании п. 4 ст. 1 ГК РФ, в целях предотвращения ситуации, когда нарушитель договора извлечет доход в результате своего правонарушения. К аналогичному по сути результату приводит применение и соответствующих положений актов международной унификации частного права. Согласно п. 3 ст. III.–2:109 Модельных правил европейского частного права кредитор вправе требовать пересчета из валюты долга в валюту платежа по курсу

либо на момент фактического платежа, либо на момент наступления срока платежа. Аналогичный выбор на случай просрочки платежа предоставляет кредитору и п. 4 ст. 6.1.9 Принципов УНИДРУА. Соответственно, согласно этим актам в случае просрочки должника кредитор может лишиться должника какой-либо выгоды от падения курса валюты долга за весь период просрочки.

То же касается и той ситуации, когда при наличии в договоре валютной оговорки должник должен осуществлять платеж после выполнения другой стороной своих встречных или кредиторских обязанностей и последняя допускает просрочку, тем самым смещая срок платежа для должника по денежному обязательству. Если за этот период курс иностранной валюты вырастает, кредитор не может выиграть от роста курса, так как, если бы он сам исполнил свои встречные или кредиторские обязанности вовремя, должник, скорее всего, заплатил бы раньше и не нес риск девальвации рубля. Соответственно, в такой ситуации п. 4 ст. 1 ГК РФ требует, чтобы курс пересчета долга в рубли определялся не в соответствии с правилами ст. 317 ГК РФ (т.е. на дату фактического платежа), а на дату, в которую должник должен был бы заплатить, если бы кредитор не нарушал свои обязанности. Данный подход применен в Определении СКГД ВС РФ от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117. Естественно, это правило работает, только если курс иностранной валюты за этот период вырос; если же курс упал, должник должен платить по текущему курсу в строгом соответствии с правилами ст. 317 ГК РФ.

Другой пример: крайне неудачная новая редакция ст. 168 ГК РФ, вступившая в силу 1 сентября 2013 г., предусматривает, что по общему правилу незаконная сделка является оспоримой, а ничтожной она признается только тогда, когда она также посягает на публичные интересы или интересы третьих лиц. Последующая судебная практика во многом дезавуировала эту промашку законодателя, установив ничтожность в качестве санкции за незаконное совершение односторонней сделки или на случай заключения договора в нарушение прямого законодательного запрета, ничтожность условий потребительского договора, противоречащих императивным нормам потребительского законодательства, и мн. др.<sup>1</sup> Но пока остается без внимания ВС РФ ситуация, когда договор содержит условие, противоречащее предписывающей императивной норме, определяющей то или иное содержание прав

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 469–526 (автор комментария к ст. 168 – А.Г. Карапетов).

и обязанностей сторон, не содержащей оговорку о запрете согласования иного (т.е. не выраженной как прямой законодательный запрет), но при этом являющейся императивной в силу применения правил телеологического толкования, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

Неужели такие условия договора являются оспоримыми, и сторона, которой они были навязаны, вынуждена сразу после заключения договора инициировать судебный процесс в целях аннулирования такого условия, рискуя в обратном случае пропустить короткий годичный срок давности (ст. 181 ГК РФ) на оспаривание сделки? Это выглядит нелепо, особенно с учетом того, что договор может быть долгосрочным, соответствующее условие рассчитано на применение на одном из поздних этапов отношений сторон (например, на случай расторжения договора), и судиться превентивно, еще до возникновения оснований для применения соответствующего условия, глупо, но если не инициировать такой спор сразу же, можно пропустить короткую годичную исковую давность по искам об оспаривании. Одно из возможных решений состоит в том, чтобы и в отношении данного случая *contra legem* установить режим ничтожности, окончательно лишив п. 1 ст. 168 ГК РФ об оспоримости какой-либо сферы применения. Другое же решение состоит в следующем: попытка одной из сторон сослаться на аннулированное судом ранее, на явно незаконное условие договора в суде должна блокироваться на основании правил ст. 10 и п. 4 ст. 1 ГК РФ. Недобросовестность стороны, пытающейся использовать суд для приведения в исполнение незаконного условия, является очевидной.

К такому выводу можно прийти и посредством системного толкования. ВАС РФ в Постановлении Пленума от 14 марта 2014 г. № 16 (п. 9) закрепил, что суд при поступлении от одной из сторон соответствующего возражения должен блокировать на основании ст. 10 ГК РФ применение формально законного, но несправедливого условия договора. Было бы очень странно и нелогично, если бы такой прием можно было использовать в отношении несправедливых условий и в то же время почему-то нельзя было использовать в отношении условий очевидно незаконных.

*(б) Блокировка права, если его реализация приведет к результату, который будет оставлять лицу, ведущему себя неправомерно, выгоды от правонарушения*

В ситуации, когда лицо имеет некое формальное право, но его использование приведет к результату, который фактически будет делать для лица выгодным правонарушение, судам следует вмешаться.

Так, например, при оценке судом соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства необходимо учитывать, что никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения, а также то, что неправомерное пользование чужими денежными средствами не должно быть более выгодным для должника, чем условия правомерного пользования (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ). В связи с этим доказательствами обоснованности размера неустойки могут служить, в частности, данные о среднем размере платы по краткосрочным кредитам на пополнение оборотных средств, выдаваемым кредитными организациями лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, либо платы по краткосрочным кредитам, выдаваемым физическим лицам, в месте нахождения кредитора в период нарушения обязательства, а также о показателях инфляции за соответствующий период. Иначе говоря, нельзя допустить, чтобы за счет реализации механизма снижения неустойки в связи с просрочкой платежа она оказалась ниже обычных ставок банковского процента по кредитам, выдаваемым соответствующей категории заемщиков, иначе решать свои финансовые проблемы окажется выгоднее за счет задержки платежей кредиторам, а не путем цивилизованного привлечения кредитов банков. Эти очень разумные разъяснения закреплены в п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

При введении этих разъяснений ВС РФ, видимо, вполне осознанно не отменил положения п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81. Согласно данному пункту при отсутствии в деле доказательств о средних ставках по кредитам суду следует считать нижним порогом снижения пени, установленной за просрочку денежного обязательства, двукратную величину ставки рефинансирования Банка России. Снижение неустойки ниже таким образом определенного порога снижения возможно только в исключительных случаях и не ниже однократного значения ставки рефинансирования. Системное толкование Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и этих разъяснений ВАС РФ от 2011 г. приводит к выводу, что как минимум для сугубо коммерческих споров и иных споров, рассматриваемых в системе арбитражных судов, нижним порогом снижения неустойки в виде пени за просрочку платежа (за вычетом каких-то исключительных случаев) при отсутствии доказательств средних размеров ставок по кредитам будет являться двойная ставка рефинансирования ЦБ РФ (с 2016 г. — ключевая ставка ЦБ РФ).

*(в) Перенос рисков на сторону, допустившую просрочку кредитора*

Норма п. 4 ст. 1 ГК РФ может помочь обосновать такое решение, как перераспределение риска случайной гибели (порчи) вещи, передача

которой была предметом обязательства, в отношении которого кредитор допустил просрочку. И действительно, если по общему правилу такой риск несет должник, обязанный эту вещь передать, то было бы несправедливо, чтобы он продолжал такой риск нести в период просрочки кредитора в принятии исполнения. Ведь тогда получалось бы, что кредитор случайно выигрывал бы в результате своего неправомерного поведения (уклонения от принятия предложенного исполнения). Было бы справедливо, чтобы в такой ситуации риск нес кредитор, и должник мог бы настаивать на осуществлении встречного исполнения. Ведь если бы кредитор не впал в просрочку и имущество было бы передано кредитору, должник смог бы считать свое обязательство исполненным: уклонение кредитора не должно приводить к утрате такой возможности.

В ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора такого общего правила нет. Но ряд специальных норм об отдельных видах договоров данный механизм предусматривает. Так, п. 2 ст. 705 ГК РФ относит риск случайной гибели или случайного повреждения не переданного заказчику результата выполненной работы, который по общему правилу несет подрядчик, на просрочившего его приемку заказчика. Это положение вполне корректно. Норма п. 7 ст. 720 ГК РФ говорит по сути о том же, впрочем, с одной редакционной неточностью<sup>1</sup>. Также тот же вывод применительно к ситуации невыборки товара покупателем, уведомленного продавцом о готовности товара к отгрузке, можно обосновать системным толкованием правил п. 1 ст. 458 и п. 1 ст. 459 ГК РФ о купле-продаже.

Но очевидно, что правило о переходе риска случайной гибели или порчи вещи, подлежащей передаче кредитору, на самого кредитора вследствие его просрочки должно являться универсальным и применяться к любым договорным типам. Эта идея может выводиться как из применения указанных выше специальных норм ГК РФ по аналогии, так и из п. 4 ст. 1 ГК РФ.

*(г) Блокировка ссылки на неосторожность поведения одного лица при умышленном поведении другого*

Как представляется, из п. 4 ст. 1 ГК РФ может быть выведена общая идея о том, что при столкновении интересов двух лиц, поведение одного из которых умышленно, заведомо недобросовестно, а поведение другого лишь неосторожно, право должно защищать неосторожного.

---

<sup>1</sup> 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.: М-Логос, 2017. С. 732–733 (автор комментария к ст. 406 – Р.У. Сулейманов).

Из двух зол большей защиты заслуживает меньшее. Если продавец цинично обманул нерадивого покупателя, заявив, что в продаваемой квартире в типичной хрущевке проживал великий поэт Маяковский, тем самым обосновав более высокую цену, мы можем относиться к покупателю сколь угодно саркастически, но в споре жертвы обмана и мошенника, решившего воспользоваться доверчивостью, неграмотностью или просто глупостью первого, мошенник победить не может.

В принципе, этот вывод вполне следует из правил п. 2 ст. 179 ГК РФ, который не ставит возможность оспаривания сделки в зависимость от осторожности или неосторожности обманутого. Равным образом ст. 431.2 ГК РФ о заверениях не исключает ответственность заверителя, давшего ложные заверения об обстоятельствах, в тех случаях, когда доверие реципиента этим заверениям можно признать неосторожным, а его поведение — избыточно доверчивым. Тем не менее в практике судов нередко ответственность заверителя исключалась, если реципиент заверений мог перепроверить получаемую информацию и убедиться в ее ложности. В абзаце первом п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2015 г. № 49 Суд пресек эту линию практики, указав, что «лицо, предоставившее заведомо недостоверное заверение, не может в обоснование освобождения от ответственности ссылаться на то, что полагавшаяся на заверение сторона договора являлась неосмотрительной и сама не выявила его недостоверность...», и обосновал этот вывод ссылкой на п. 4 ст. 1 ГК РФ. Это вполне логично, если заверитель дал заведомо ложные заверения (т.е. совершил обман, солгал умышленно), а реципиент не знал о недостоверности полученной информации точно, но мог бы узнать, если бы проявил обычную осмотрительность, так как мошенник не может защищаться, ссылаясь на неосторожность жертвы, иначе он бы смог, несмотря на свое очевидно неправомерное поведение, увильнуть от ответственности.

Но в ряде иных ситуаций закон как будто бы идет против этой логики. Так, в п. 1 ст. 460 ГК РФ указывается, что «[п]родавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц», но далее уточняется, что «[н]еисполнение продавцом этой обязанности дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи, если не будет доказано, что покупатель знал *или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар*» (курсив наш. — А.К.). Пункт 1 ст. 461 ГК РФ развивает эту идею применительно к эвикции: закон говорит, что при изъятии товара у покупателя третьими лицами по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи,



продавец обязан возместить покупателю понесенные им убытки, если не докажет, что покупатель знал *или должен был знать о наличии этих оснований*. Из прочтения этих норм может следовать, что продавец уходит от ответственности за передачу покупателю вещи, обремененной правами третьих лиц (например, залогом), и даже при полном неисполнении обязательства перенести на покупателя собственность на вещь (при продаже покупателю чужой вещи и виндикации у покупателя вещи истинным собственником), если докажет, что покупатель а) точно знал о том, что вещь обременена правами третьих лиц или вовсе не является собственностью продавца, или б) пусть и не знал точно, но должен был знать о данных обстоятельствах. Как представляется, данное регулирование не вполне удачно.

Здесь всплывает целый ряд вопросов, обсуждать которые в деталях в рамках настоящего комментария не вполне уместно. Нас интересует только один из них. Разве справедливо полностью освобождать продавца, который цинично обманул покупателя, заявляя об отсутствии прав третьих лиц или утаивая эту информацию либо притворяясь, что является собственником вещи, в тех случаях, когда покупатель просто проявил неосторожность (не знал, но должен был знать о данных обстоятельствах, прояви он должную осторожность)? Как представляется, с учетом общей идеи, озвученной выше, в таком подходе следует усомниться. Поэтому в контексте данных статей «должен был знать» следует толковать как «не мог не знать со всей очевидностью», что по сути равнозначно доказанному точному знанию с учетом применения адекватного стандарта доказывания. Но если почему-то суды будут придерживаться традиционного прочтения стандарта вменения «должен был знать» как в том числе и незнания по простой неосторожности, п. 4 ст. 1 ГК РФ может обосновать необходимость введения исключения как минимум для ситуации, когда сам продавец совершил обман и либо сам знал о том, что продает вещь, обремененную правами третьих лиц, но солгал об отсутствии таких обременений или просто недобросовестно умолчал о них, либо умышленно попытался сбыть с рук чужую вещь, не имея соответствующих распорядительных правомочий. Не может мошенник-продавец выиграть в таком столкновении с неосторожным покупателем.

## 5. Экономическое единство страны

Комментируемая норма ГК РФ воспроизводит положение ч. 1 ст. 8 Конституции РФ, согласно которой «[в] Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств». Это единство во многом

предопределяется и тем, что гражданское законодательство отнесено к исключительной компетенции Российской Федерации.

Ограничения оборота товаров, финансовых ресурсов и свободы оказания услуг на отдельных территориях Российской Федерации могут вводиться только федеральными законами, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей. Ни один субъект РФ не может установить барьеры на вывоз из субъекта или ввоз на его территорию товаров, запреты на переводы из местных банков в банки на территории других регионов или устанавливать какие-либо иные подобные ограничения. Без этого не столько гражданско-правового, сколько конституционного положения трудно себе помыслить государственность как таковую.

### Дополнительная литература

*Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Принцип формального равенства и взаимное признание права: Коллективная монография / Под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М.: Проспект, 2016. С. 147–162.*

*Егоров А.В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal Insight. 2013. № 2. С. 4–10.*

*Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.*

*Нам К.В. История развития принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) в период с 1900 по 1945 г. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 63–97.*

*Нам К.В. Развитие принципа добросовестности (*Treu und Glauben*). Современный этап. Внутренняя систематика // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 7. С. 83–114.*

*Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М.: Статут, 2019.*

*Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 124–281.*

*Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг.: Изд. юрид. кн. склада «Право», 1917.*

*Принципы частного права: Монография / Под ред. В.В. Кваниной, М.С. Сагандыкова, Т.П. Подшивалова. М.: Проспект, 2018.*

*Самойлов Е.Ю. Добросовестность как предпосылка защиты приобретателя в гражданском обороте // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 3. С. 66–101.*

Фогельсон Ю.Б. [Принцип добросовестности в российской судебной практике](#) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 9. С. 103–116.

Церковников М.А. [О добросовестности в институтах вещного права](#) // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 2. С. 24–30.

Ширвиндт А.М. [Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правопедение](#) // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / Под ред. А.М. Ширвиндта. М.: Статут, 2014. С. 203–242.

Commentaries on European Contract Laws / N. Jansen, R. Zimmermann (eds.). Oxford University Press, 2018. P. 101–157 (автор раздела – J.P. Schmidt).

Dworkin R. [Law's Empire](#). Harvard University Press, 1986.

General Clauses and Standards In European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / St. Grundmann, D. Mazeaud (eds.). Kluwer Law International, 2005.

Good Faith in European Contract Law / R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.). Cambridge University Press, 2008.

Hesselink M.W. [The Concept of Good Faith](#) // Towards a European Civil Code / A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, Ch. Mak, E. du Perron. 4<sup>th</sup> ed. Kluwer Law International, 2010. P. 619–649.

Mackaay E. [Good Faith in Civil Law Systems. A Legal-Economic Analysis](#) // Revista Chilena de Derecho Privado. 2012. N° 18. P. 149–177.

Wieacker F. [A History of Private Law in Europe](#) / Trans. by T. Weir. Clarendon Press, 2003. P. 409–416.

## **Статья 2. Отношения, регулируемые гражданским законодательством**

**1. Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.**

Участниками регулируемых гражданским законодательством отношений являются граждане и юридические лица. В регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования (статья 124).

Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, исходя из того, что предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, должны быть зарегистрированы в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом.

2. Неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ.

3. К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством.

### *Комментарий*

#### **1. Предмет гражданского законодательства**

Комментируемый пункт в системном единстве с п. 2 и п. 3 определяет, какие отношения регулирует гражданское законодательство. Рассматриваемая норма перечисляет те отношения, которые напрямую урегулированы в ГК РФ:

— правовое положение участников гражданского оборота (т.е. правовой статус физического лица, вопросы правоспособности, дееспособности и др.);

— основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав;

— основания возникновения и порядок осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав);

- отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения);
- договорные и иные обязательства.

В данной норме не упомянуты вопросы международного частного права, наследственные отношения, правовой режим сделок, объектов гражданских прав, исковой давности и многие другие отношения и вопросы, которые сейчас урегулированы в ГК РФ и однозначно относятся к гражданскому законодательству. Иначе говоря, список, указанный в комментируемом пункте, носит чисто иллюстративный характер.

Поэтому ключевое значение имеет закрепление в анализируемой норме общих критериев квалификации отношений, регулируемых гражданско-правовым законодательством. Здесь указано на то, что, помимо вышеупомянутых, к общественным отношениям, регулируемым гражданским законодательством, относятся любые иные «имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников».

Здесь мы видим три взаимосвязанных критерия, которые должны присутствовать одновременно.

Первый критерий – имущественная или неимущественная составляющая соответствующих регулируемых отношений. Этот критерий наименее информативен. Как мы видим, гражданское право касается не только имущественных отношений (т.е. отношений по поводу денег или иного имущества, например отношений, сопряженных с обладанием имуществом, имущественным оборотом и т.п.), но и отношений личных неимущественных, если таковые заслуживают правового регулирования (например, право на имя, право авторства, диффамация и мн. др.). Равно образом и публичное право может регулировать и имущественные (например, налоги), и неимущественные (например, выборы) отношения. Безусловно, основной акцент в действующем гражданском законодательстве сделан на регулировании отношений имущественных, но гражданское право не исчерпывается таким предметом регулирования. Личные неимущественные отношения между друзьями или внутри семьи или участниками шахматного поединка, как правило, праву безразличны, и поэтому ни гражданским, ни каким-либо иным правом не регулируются, но если государство в лице законодателя или судов решает ввести в плоскость права те или иные аспекты этих отношений, то соответствующие нормы будут иметь гражданско-правовой характер, если налицо иные условия квалификации отношений в качестве гражданско-правовых. Например, гражданское право регулирует отношения членов неком-

мерческих ассоциаций и союзов по поводу управления данными организациями, предусматривает правила оспаривания решений собраний, независимо от того, имеют ли такие решения имущественное содержание, определяет правовой статус физических лиц, аспекты правоспособности, дееспособности и ограничения и лишения дееспособности, объявления гражданина безвестно отсутствующим, защищает право на имя и целый ряд иных нематериальных благ. Иначе говоря, получается, что взаимосвязь регулируемых отношений с имущественной сферой не является квалифицирующим признаком, отделяющим гражданско-правовые отношения от отношений публично-правовых.

Небезынтересно отметить, что в изначальной редакции данной нормы было указано на то, что личные неимущественные отношения регулируются гражданским законодательством тогда, когда эти отношения так или иначе *связаны с отношениями имущественными*. Но в дальнейшем в нее были внесены поправки, и фраза о связи с имущественными отношениями была исключена. Иначе говоря, ассоциация гражданского права исключительно с имущественными отношениями или отношениями, связанными с имуществом, которая до сих пор встречается в работах и выступлениях многих цивилистов, теперь не может признаваться оправданной. И это следует признать правильным.

Второй упомянутый в норме критерий – субъектный – также малоинформативен. Гражданское право регулирует отношения с участием физических лиц (граждан РФ, иностранных граждан, апатридов), юридических лиц, Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований, а также иностранных публичных образований (зарубежных государств, межгосударственных объединений, регионов или муниципалитетов зарубежных стран, обладающих гражданской правоспособностью согласно местному праву). В комментируемой статье некоторые из указанных лиц не обозначены (например, межгосударственные объединения вроде Европейского Союза), но это особого значения не имеет, так как перечень явно носит иллюстративный характер. По существу, гражданское право регулирует отношения с участием любых лиц, которые наделены гражданской правоспособностью самим гражданским законодательством или международными договорами. Появление инопланетных гостей, развитие искусственного интеллекта или прорывы в области биоинженерии могут в будущем заставить нас решать сложные вопросы о распространении статуса субъекта права, способного вступать в отношения, регулируемые гражданским правом, на тех, кого мы пока либо вовсе себе представить

не можем, либо не считаем субъектом правоотношений, но оставим эти вопросы правовой футурологии за скобками.

Данный критерий никак не помогает нам понять специфику отношений, регулируемых гражданским законодательством, так как те же субъекты могут участвовать и в публично-правовых отношениях.

Третий критерий оказывается играющим ключевую роль. Он характеризует тип социальных отношений, регулируемых гражданским правом, и позволяет все-таки несколько прояснить, какие же собственно имущественные и личные неимущественные отношения между субъектами права гражданское право регулирует. К гражданскому праву согласно данной норме относятся имущественные или личные неимущественные отношения между субъектами права, основанные «на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности». Именно этот критерий, по мысли законодателя, претендует на содержательное определение отношений, регулируемых гражданским законодательством. Что этим хочет сказать законодатель?

Прежде чем прояснить данный вопрос, следует сразу уточнить, что, в принципе, мы не видим теоретических оснований разграничивать термины «частное право» и «гражданское право» и считаем логичным рассматривать их как синонимы. Иногда высказываемые мнения о том, что частное право шире гражданского, предполагают, что какие-то частноправовые вопросы выходят за рамки гражданского права (например, правовой статус коммерческих организаций и все, что связано с осуществлением коммерческой деятельности). Так, периодически звучат голоса в пользу выделения торгового (хозяйственного, коммерческого, предпринимательского) права как особой категории частного права, отличной от права гражданского. Исторически в пользу такого шага приводился довод о том, что в ряде стран частное право действительно шло по пути дуализма в регулировании (принимались отдельно гражданский и торговый кодексы). Но на современном этапе идея дуализма частного права преимущественно отвергается. Как минимум в Российской Федерации частное право регулирует и предпринимательскую деятельность в том числе, на что прямо указано в абзаце третьем п. 1 комментируемой статьи (см. подробнее п. 1.8 комментария к настоящей статье). При необходимости законодатель — оправданно или неоправданно — начинает дифференцировать применение тех или иных норм в зависимости от коммерческого или некоммерческого контекста их использования (п. 2 ст. 310, п. 3 ст. 401 ГК РФ и др.).

Правовое регулирование банкротства — также область частного, а значит, и гражданского права (за исключением тех норм, которые регулируют процессуальные аспекты банкротства).

Вряд ли есть смысл отделять от гражданского права и такую область частного права, как регулирование семейных отношений.

В то же время по воле законодателя некоторые частноправовые области регулирования действительно отделены не от гражданского (т.е. частного) права, а от закрепленных в ГК РФ общих норм гражданского законодательства в силу определенных соображений. Иначе говоря, законодатель властен те или иные области частного (гражданского) *права* оторвать от общих положений ГК РФ и спровоцировать формирование отдельной, сепаратной и не подчиняющейся ГК РФ области законодательного гражданско-правового регулирования. Возможный пример – трудовое право. Нет никаких сомнений в том, что это область частного, а не публичного права. Исторически данная сфера относилась к гражданскому законодательству, а во многих странах она до сих пор регулируется гражданскими кодексами. Но многие считают, что в Российской Федерации законодатель решил оторвать эту область частного права от гражданского законодательства, и поэтому здесь общие нормы ГК РФ могут применяться лишь точно, в рамках избирательной аналогии закона. Например, трудовой договор может быть оспорен по правилам о крупных сделках и сделках с заинтересованностью (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 16 мая 2014 г. № 28), а к долгу по выплате выходного пособия как минимум после возбуждения против работодателя дела о банкротстве, по мнению ВС РФ, могут применяться правила ст. 313 ГК РФ о погашении долга третьим лицом с последующей суброгацией (Определение СКЭС ВС РФ от 25 января 2017 г. № 305-ЭС16-15945).

На самом деле вопрос отделения трудовых отношений от сферы применения ГК РФ спорный. В ТК РФ нет прямого указания на неприменимость норм ГК РФ, и вполне мыслимо такое понимание: ТК РФ устанавливает специальные правила в отношении таких гражданско-правовых (частноправовых) отношений, которые возникают в сфере найма труда (так же как это делают Кодекс торгового мореплавания РФ, СК РФ или ЖК РФ), но нормы ГК РФ могут применяться субсидиарно. Это значит, что в той части, в которой иное не следует из специальных норм трудового законодательства и существа регулируемых отношений, к таким отношениям подлежат применению общие нормы ГК РФ. Но даже если придерживаться более традиционного прочтения и считать трудовое право некой самостоятельной областью правового регулирования и признать, что нормы трудового законодательства не являются специальными нормами гражданского законодательства, тем не менее трудовое право концептуально относится к частному (гражданскому), а не публичному праву.



Там же, где законодатель этого радикального шага отрыва некоторых частноправовых отношений от норм гражданского законодательства не сделал, соответствующая область остается в домене как гражданского права, так и гражданского законодательства (применительно к последнему в той части, в которой специальные нормы не установили иное или иное не вытекает из специфики регулируемых отношений). При этом наличие какого-то отдельного кодекса само по себе не отрывает сферу регулирования соответствующих отношений от гражданского законодательства, если нормы гражданского законодательства применяются субсидиарно, как общие нормы. Например, в семейном и жилищном праве приоритет имеют нормы соответственно СК РФ и ЖК РФ, но субсидиарная применимость норм гражданского законодательства прямо указана в соответствующих кодексах (п. 1 ст. 7 ЖК РФ, ст. 4 СК РФ). Следовательно, законодатель продолжает считать эти области права частями не просто гражданского права, но и гражданского законодательства. То же касается и гражданско-правовых отношений, регулируемых Воздушным кодексом РФ, Кодексом торгового мореплавания РФ и другими транспортными кодексами.

Таким образом, для уяснения той сферы отношений, которая подчиняется гражданскому законодательству, следует выявить то, что регулирует гражданское (частное) право в целом. А для определения того, к каким отношениям применяется ГК РФ, следует исходить из того, что его нормы применяются ко всем вопросам гражданского (частного) права, за исключением тех областей, которые по воле законодателя были оторваны от общих норм гражданского законодательства (если таковые в принципе будут обнаружены).

И вот здесь на первом этапе мы и сталкиваемся с серьезной проблемой выделения ключевого критерия или ряда критериев, которые отделяют частное право от права публичного. Разделение права на частное и публичное — это основное разграничение в структуре позитивного права, характерное для романо-германской правовой семьи и определяющее многое в правовой системе каждой из принадлежащих к этой семье стран.

Уже не одну сотню лет в праве не прекращаются споры о разделении частного и публичного права. Эту дискуссию начали еще римские юристы. Ульпиан писал, что «изучение права распадается на два положения: публичное и частное (право)»; по его мнению, публичное право относится к «положению Римского государства», в то время как частное относится «к пользе отдельных лиц». В науке нет консенсуса по поводу того, имел ли в виду Ульпиан разделение норм позитивного права, а не функции конкретных институтов или способы научного

изучения права. Как бы то ни было, дискуссия о разделении частного и публичного права остро ведется уже много столетий. За это время было выдвинуто столько различных теорий и концепций, что описать их все подробно не представляется возможным. Как ни странно это может показаться, до сих пор консенсуса в науке и судебной практике по поводу критериев разграничения нет. Спросите у десяти именитых цивилистов-ученых и получите десять разных ответов. Впрочем, это неудивительно: похожие споры о точных рамках и критериях классификации и разграничения научных и профессиональных областей ведутся и в иных социальных науках. Например, экономисты спорят о пределах своей научной дисциплины и отнесении к ней многих пограничных вопросов (вроде поведения людей в семейных отношениях). Но острота вопроса о разделении частного и публичного права предопределяется тем, что этот вопрос касается не только и не столько классификации областей знания — он имеет практическое значение и может сказываться на разрешении реальных коллизий. Речь идет в первую очередь о применимости или неприменимости к отношениям и возникшему спору общих положений ГК РФ (об исковой давности, средствах защиты права и т.п.)

### *1.1. Отвергаемые критерии отделения частного права от публичного*

Некоторые ученые при решении вопроса о разграничении частного и публичного права упирали на цели регулирования: частное право регулирует отношения в целях реализации частного интереса и балансирования интересов конкретных субъектов правоотношений, а публичное право — в целях обеспечения общего блага. Встречается позиция, что гражданское право стремится реализовать в правовом регулировании ценности корректирующей (коммукативной) справедливости и свободы, а публичное право реализует в праве цели дистрибутивной справедливости и общественной пользы. Например, иногда утверждается, что гражданское право сочетается исключительно с компенсационной природой ответственности и не имеет дело с целями превенции правонарушений.

Но со всеми этими утверждениями сложно согласиться. Целый ряд существующих институтов, общепризнанно рассматривающихся как гражданско-правовые, нацелены исключительно на превенцию и предполагают сверхкомпенсационные взыскания (например, карательные неустойки в потребительском праве, компенсации за нарушение исключительных прав и т.п.), да и само возмещение убытков в полном объеме реализует идею превенции не менее, чем цели правозащиты. А что насчет норм, которые учитывают соображения дистрибутивной справедливости (например, ст. 1083 ГК РФ, кото-

рая позволяет снижать объем деликтной ответственности с учетом имущественного положения делинквента)? Или как воспринимать нормы, которые вводят ограниченную ответственность корпорации или защиты патентных прав с учетом очевидности того, что введение этих правил было предопределено преимущественно соображениями экономической эффективности и создания определенных стимулов к социально желательному поведению (инвестированию или научно-техническим инновациям)? То же касается и причин того, что многие правовые порядки держатся идеи ограниченного списка вещных прав и вводят императивную стандартизацию корпоративных правоотношений в публичном акционерном обществе. Огромное число норм, которые сейчас воспринимаются всеми как нормы гражданского права, вводились и вводятся с учетом соображений общественного блага и балансирования этих соображений с соображениями защиты того или иного частного интереса.

Цели норм не могут предопределять отнесение норм к частному или публичному праву, так как современное правотворчество основано на политико-правовом плюрализме, взвешивании и балансировании не только частных интересов, но и интересов публичных. В современных условиях политика права не может быть сведена к реализации какой-то одной простой нормативной идеи или цели, регулирование вбирает в себя десятки различных политико-правовых установок от той самой корректирующей справедливости до национальной безопасности. Большинство из этих целей связаны напрямую или косвенно с преследованием общественного блага. Защищая собственность или вводя государственную регистрацию прав на недвижимость, право реализует и общественный интерес в создании благоприятного делового климата, понижении кредитных ставок и развитии экономики; расширяя сферу свободы договора, право не только открывает путь к свободному самоопределению, но и обеспечивает условия для более интенсивного оборота и роста экономики, а ограничивая ту же свободу, пытается защитить слабую сторону или интересы третьих лиц либо публичные интересы; вводя обязательную нотариальную форму сделок, право пытается решить целый веер задач, среди которых обеспечение фискального интереса, снижение общих литигационных издержек на разрешение споров, превенция хищения соответствующих активов; вводя и совершенствуя систему судебной защиты обязательственных прав, государство не только защищает интерес конкретного кредитора, но и пытается сформировать условия для прочного и стабильного оборота; ограничивая патентную защиту тем или иным сроком, право пытается найти баланс между частным интересом изобретателей

и инвесторов на получение «монопольных» сверхприбылей в качестве вознаграждения за труды и инвестиции и общественным интересом в понижении цен на результаты инноваций, расширении практики их использования и общем развитии технологий. Список можно продолжать.

Многие же элементы публично-правового регулирования направлены на защиту частного интереса (например, уголовная ответственность за посягательства на личность или частную собственность обеспечивает превенцию посягательств на частные права).

Поэтому цели регулирования, как справедливо считают многие цивилисты, не могут отличить частное право от публичного.

Другие ученые считали, что ключевой критерий – метод регулирования и характер самих норм: частное право основано на частной инициативе, автономии воли и диспозитивности, а публичное право – на интервенции государства, принудительной регламентации и императивности. Нередко пишут о централизации в публичном праве и децентрализации в частном. Но и этот подход следует отвергнуть. Да, диспозитивность и автономия воли – это важнейшие принципы гражданского права, но это не означает, что они являются критериями отнесения норм к частному праву. Иначе получится, что любые императивные нормы патерналистского свойства, ограничивающие свободу во благо самих индивидов (вроде норм потребительского права), или императивные нормы, ограничивающие свободу во имя обеспечения правовой определенности, общего блага или охраны основ нравственности, теряют значение гражданско-правовых. Это нелепо, ибо тогда подавляющая часть вещного права, большая часть наследственного права, почти все потребительское право, значительный объем регулирования интеллектуальной собственности и рынка ценных бумаг, правовое регулирование корпоративных отношений в публичных акционерных обществах и мн. др. областей, общепризнанно относящихся к гражданскому праву, потеряют свой частноправовой статус. Например, в обязательственном праве существуют нормы, запрещающие условия об ограничении ответственности на случай умышленного нарушения договора (п. 4 ст. 401 ГК РФ), устанавливающие императивное право на произвольный отказ от бессрочного договора аренды (ст. 610 ГК РФ), запрещающие некоммерсанту принять на себя обязательство по возмещению потерь (ст. 406.1 ГК РФ), лишаящие потребителя возможности согласовать в контракте с коммерсантом отступление от сотен установленных в его интересах, как их понимает государство, императивных норм, и мн. др. Неужели они все не относятся к гражданскому праву? Трудно с этим согласиться.

Конечно же, это все гражданское право. В нем действуют как методы дозволения и диспозитивности, так и методы жесткой регламентации и запрещения.

В равной степени и в публичном праве многое зависит от частной инициативы и свободы воли. Например, компании могут выбирать один из нескольких различных налоговых режимов (например, остаться на общей системе налогообложения или перейти на упрощенную), а в определенных пределах и способы уплаты налогов. Обвиняемый в уголовном процессе может пойти на «делку со следствием», а может настаивать на полноценном судебном разбирательстве. Более того, часто само включение тех или иных публично-правовых норм предопределено самостоятельным выбором лица в пользу того или иного поведения, которое может влечь соответствующие публично-правовые последствия: компания может купить товар у российского импортера и не вступать с государством в публично-правовые отношения по поводу таможенного оформления, а может заказать тот же товар напрямую у иностранного производителя — и тогда он в эти правоотношения, вероятнее всего, вступит. То же и в частном праве: инвесторы, создавая совместное предприятие, могут выбрать организационно-правовую форму полного товарищества — и тогда им придется нести личную ответственность по долгам создаваемого юридического лица, но они могут выбрать и, скорее всего, выберут форму общества с ограниченной ответственностью — и тогда они будут по общему правилу освобождены от риска привлечения к ответственности по долгам общества.

Нет сомнений в том, что область диспозитивного регулирования и свободы воли в гражданском праве больше, чем в публичном, но вряд ли это качество самих норм может быть ясным квалификационным критерием.

В очень большом количестве работ со ссылкой на увеличение сфер и степени императивного регулирования говорится про «публицизацию» частного права. На самом деле отношения как были, так и остаются частноправовыми, но из политико-правовых соображений в сфере регулирования ряда областей общественных отношений законодатель считает приемлемым ограничить автономию воли и установить императивные правила, что вызывает к анализу политико-правовой оправданности таких шагов, но не дает оснований усматривать здесь переход отношений из сферы частного права в область публичного. Речь здесь идет о расширении практики использования при регулировании частноправовых отношений методов регулирования, характерных, скорее, для права публичного. Насколько оправданно в конкретных обстоятельствах использование императивного характера

регулирования – вопрос спорный, но это вопрос о качествах содержания частноправового регулирования, а не о переводе отношений из сферы частного права в сферу права публичного.

Третьи ученые упирали на момент защиты права: частное право регулирует индивидуальные права, защищаемые по инициативе правообладателей, а публичное право регулирует права, которые защищаются государством по собственной инициативе. Но этот критерий вовсе уводит в сторону, так как концентрируется на аномальной стадии правоотношений. Более того, то, как нарушенное право защищается, зависит от того, к сфере какой области права относится нарушенное правило, а не наоборот. Не стоит ставить телегу впереди лошади. Тот факт, что в публичном праве, как правило, на правонарушение инициативно реагирует государство, а инициатива частных лиц в деле правозащиты вторична или вовсе не имеет значения, предопределяется спецификой публичной области права. Поэтому механизм реакции на правонарушения во многом предопределяется областью права, а не диктует дифференциацию таких областей.

Более того, на самом деле и уголовное преследование по ряду статей УК РФ может возбуждаться только по инициативе пострадавшего, а некоторые способы защиты суд в Российской Федерации согласно ГК РФ может применить по собственной инициативе (например, реституцию). Конечно же, бесспорно, что отмеченный нюанс – защита права по инициативе пострадавшего – характерен для гражданского права, но он является следствием отнесения соответствующих отношений к гражданско-правовым, и поэтому вряд ли он может претендовать на критерий разграничения частного и публичного права.

Некоторые ученые прошлого, отчаявшись нащупать универсальный критерий разграничения частного и публичного права, приходили к выводу, что этот вопрос не имеет научного решения, и к частному праву относится то, что юристы и законодатель считают уместным и привыкли относить к этой области права и подводить под действие общих норм местной гражданской кодификации.

Выдвигалось и множество иных теорий. На эту тему написано действительно очень много работ, и вопрос пока остается крайне спорным.

### ***1.2. В поисках критерия разграничения***

Не пытаясь развивать эту научную дискуссию и не претендуя на какое-то новое слово в догматике права, заметим лишь, что нам лично кажется куда более логичным те самые искомые критерии дифференциации частного и публичного права искать в характере тех отношений, которые гражданское и публичное право регулирует и порождает.

Гражданское право регулирует частные дела, «горизонтальные» социальные отношения между свободными и формально равными лицами – как имущественные, так и неимущественные, используя правила как диспозитивные, так и императивные. Именно это и хочет, видимо, сказать законодатель, когда, во-первых, в комментируемом пункте относит к предмету регулирования гражданского законодательства «отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников», развивающиеся между гражданами и юридическими лицами, а также с участием иных субъектов права, и, во-вторых, в п. 3 данной статьи отсекает гражданское законодательство от регулирования административных или иных отношений, основанных *на власти и подчинении*.

Иначе говоря, главный критерий квалификации частного права – это не цели принятия норм или защищаемый ими интерес, не императивный или диспозитивный характер самих норм и не способы защиты прав, а характер регулируемых отношений.

Гражданское право, во-первых, облакает соответствующие «горизонтальные», автономно складывающиеся частные социальные отношения (взаимоотношения и иные связи людей в обществе) в правовой режим, формируя из социального отношения правоотношение за счет правового признания соответствующих прав или обязанностей, полномочий, возражений и т.п. Отношения внутри корпорации, сделки между индивидами или односторонние сделки, представительство, отношения между наследниками и иные указанные и не указанные в комментируемом пункте типы гражданско-правовых отношений – все это сфера применения права частного, так как речь идет о «горизонтальных» социальных отношениях между свободными, юридически равными и не связанными отношениями власти и подчинения лицами.

Во-вторых, оно формирует обязательные правила, которые стимулируют возникновение социального отношения между свободными и равными лицами там, где добровольное социальное отношение могло бы и не возникнуть при отсутствии правового вмешательства (например, обязывает коммерсанта заключать договор с любым обратившимся, создает обязательство по возмещению убытков при совершении деликта).

В-третьих, даже когда гражданско-правовые нормы не регулируют какие-то уже возникшие социальные отношения между свободными и юридически равными лицами непосредственно и не провоцируют их возникновение за счет принятия обязывающих норм, они устанавливают правила, соблюдение которых является условием для вступления в те или иные «горизонтальные» социальные отношения между свобод-

ными индивидами. Речь идет о нормах об объектах гражданских прав (о правовом режиме недвижимости, ценных бумагах, составных вещах и т.п.), правовом режиме прав собственности и иных абсолютных прав, правовом статусе физических лиц (например, нормы о правоспособности или дееспособности) или юридических лиц (например, о правоспособности, порядке создания и т.п.).

Итак, трудно представить себе гражданское право без социальных отношений (как имущественных, так и неимущественных) между свободными индивидами.

На острове, на котором живет один-единственный охотник с луком, для возникновения гражданского права условий нет (как, впрочем, и для какого-то иного права). Равным образом нет гражданского права на том же острове, если того самого свободного охотника сопровождает абсолютно подчиненный ему раб, не смеющий оспаривать свой статус даже в сложившейся ситуации. Но как только на нашем условном острове появляется другой свободный индивид (скажем, земледelec с мотыгой), возникают условия для формирования социальных отношений, и они будут основанными на равенстве, если только старожил не захотел, не решил или не смог перевести новичка на положение своего второго раба. Это и отношения по поводу признания прав собственности охотника на раба, а также обоих свободных индивидов на землю и результаты их труда, и, если островитяне читали Адама Смита или просто не дураки, отношения по обмену результатами их труда; с появлением на острове пары девушек не исключено возникновение и семейных отношений, а также вопросов наследования. Когда колония расширится, эти отношения между равными станет сложно поддерживать на основе устных договоренностей, чувстве морального долга, традициях и страхе применения ответного насилия или общественного остракизма; поэтому на каком-то этапе у островитян возникнет государство и некий централизованный аппарат, который начнет формализовать правила жизнедеятельности и обеспечивать их реализацию угрозой применения централизованного и упорядоченного насилия. И тогда свободные социальные отношения начнут регулироваться писаным позитивным правом в его современном понимании, и в той степени, в которой эти отношения сохраняют признак отношений между равными, они превратятся в гражданско-правовые.

Публичное же право регулирует отношения в области организации государственного устройства, формирования и реализации политической воли народа, организации государственной или муниципальной власти как таковой, взаимоотношения между публичными образованиями одного государства по поводу распределения и осуществления



властных полномочий и разрешения межбюджетных вопросов, а также иные подобные вопросы. Эти отношения могут быть имущественными или неимущественными, но к гражданскому праву они не относятся.

Когда отношения складываются между индивидом и носителями публичной власти (государство, муниципалитет, межгосударственное образование, а также частные лица, которым были делегированы публичные функции), они подчиняются гражданскому праву, если соответствующий публичный субъект выступает на равных, как субъект «горизонтальных» социальных отношений (например, предоставляет публичное имущество в аренду или заказывает те или иные товары для государственных нужд, возмещает убытки, причиненные принятием незаконного акта, получает и возвращает неосновательное обогащение, осуществляет корпоративные права участия в корпорациях и т.п.), а не как носитель публичной власти, т.е. не действует в рамках реализации своих властных полномочий в области исполнительной или судебной власти.

Публичное же право регулирует такие взаимоотношения между носителем публичной власти, с одной стороны, и частными лицами — с другой, в рамках которых первый реализует свои властные — исполнительные и судебные — полномочия и функции. Согласно п. 3 комментируемой статьи к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством. Эта крайне важная норма в системном единстве с упоминанием того, что гражданское законодательство регулирует отношения, основанные на равенстве, позволяет понять, чем гражданское право отличается от публичного. Там, где индивиды вступают в отношения с судами, полицией, органами следствия или прокуратуры, лицензирующими органами или иными представителями субъектов публичной власти, посредством которых публичное образование реализует свои властные (исполнительные, судебные и т.п.) функции, мы имеем публичное право. Налоговое, таможенное право или правовое регулирование лицензирования относятся к домену публичного права не в силу какого-то особого характера целей и содержания норм, а в силу предмета регулируемых отношений. То же касается и вопросов уголовного преследования или привлечения к административной ответственности.

В любом современном государстве сосуществуют как «горизонтальные» социальные отношения между равными, так и «вертикальные» отношения с публичными образованиями, основанные на власти

и подчинении. Нередко они между собой тесно переплетены. В частности, одно и то же деяние может порождать как «горизонтальные», так и «вертикальные» отношения. Например, обман на переговорах урегулирован в ГК РФ, дает основания для возникновения деликтных правоотношений и оспаривания сделки (ст. 434.1, 179, 1064 ГК РФ), но одновременно при определенных условиях может рассматриваться как преступление (мошенничество) и влечь уголовно-правовые последствия. То же тем более относится и к случаям причинения вреда жизни и здоровью.

Но вышеописанный предметный критерий, оценивающий характер регулируемых отношений, — это не только фактор сугубо дескриптивный, социологический. Правовое регулирование во многом само и выстраивает соответствующие отношения по «вертикали» или «горизонтали». Если определенные «горизонтальные» социальные отношения могут формироваться спонтанно, без участия права, то «вертикальные» отношения с публичной властью конструируются публичной властью правовыми средствами. Будут ли строиться отношения на началах равенства или власти и подчинения, зависит от содержания правового регулирования.

В разных странах и на разных исторических этапах удельный вес обоих типов отношений может различаться. Все зависит от социальной структуры общества, уровня развития технологий и производства, политического устройства и ряда других факторов, но в значительной степени от того, какие отношения продуцирует правовое регулирование. В тоталитарном государстве с плановой экономикой сфера «горизонтальных» отношений на оси «индивид — индивид» сужается, сфера вертикальных отношений на оси «публичная власть — индивид» возрастает. Например, если потомки того самого раба на нашем условном острове восстанут и захотят устроить на острове коммунистическую утопию, в которой каждый островитянин будет обязан под приглядом специальных чиновников работать на общее благо, будучи принудительно загнан в особые профессиональные коммуны, а результаты труда каждого государственный аппарат будет экспроприировать и перераспределять на эгалитарных началах, все средства производства и вещи будут обращены в публичную собственность, наследование и рыночный оборот в связи с этим исчезнут, семьи станут формироваться по разрешению специального комитета по нравственности, в случае причинения вреда жертвам будет выплачиваться государственное пособие, а причинителю вреда будет повышена трудовая нагрузка, участие публичной власти в социальных процессах возрастет безмерно, и для частнопровых отношений останется мало места. И наобо-

рот, в стране с максимально либеральным правовым регулированием и минимальным участием государства в социальных и экономических отношениях (вроде ряда западных стран первой половины XIX в.) доля «горизонтальных» и, соответственно, частнопровых отношений выше, а доля «вертикальных» и публично-правовых отношений ниже.

Но нам мало определить, что гражданское право регулирует немущественные или имущественные отношения между свободными и равными субъектами права. Необходимо также установить суть тех правовых связей, которые регулирование порождает. Помимо определения правового режима субъектов гражданских правоотношений, объектов правоотношений и абсолютных прав, гражданское право регулирует отношения между равными, закрепляя права одного лица в отношении другого (право требования, секундарное право, полномочие и т.п.). Если закон вводит регулирование отношений между двумя частными лицами, но не создает правоотношения, «горизонтальной» правовой связи между этими лицами, а вводит для одной из сторон некоего социального отношения обязанность сделать что-то или не делать в рамках этих отношений под страхом публичной ответственности, но без предоставления каких-либо гражданских прав другому участнику такого социального отношения (например, обязанность банка заблокировать операции по счету при наличии оснований, предусмотренных в законодательстве о легализации преступных доходов), вряд ли можно говорить о частном праве.

В равной степени следует говорить о публичном праве в тех случаях, когда позитивное право устанавливает обязанности для частных лиц вне контекста каких-либо социальных отношений с другими частными лицами (например, обязывает лицо получить паспорт, осуществлять регистрацию по месту проживания, получать лицензию на тот или иной вид деятельности и т.п.).

### ***1.3. Правовая природа регуляторных требований***

Проверим вышеописанный подход на примере обширного императивного регулирования, которое сейчас государство устанавливает в отношении частных лиц, возлагая на них обязанность того или иного поведения.

Мы уже приводили условный пример с островом. Давайте его разовьем для иллюстрации сути проблемы. Что, если возникшее по итогам восстания рабов тоталитарное государство в итоге рухнуло под грузом внутренних противоречий и голода, к которому привели неэффективные методы управления и падение производительности труда, возникло некое подобие демократии. Новое государство вместо прежней практики превращения индивидов в винтики единой государственной

машины и попыток построения коммунистической утопии на этатистских началах пошло иным путем, запустило рыночную экономику и признало личную свободу, но пришлось активно регулировать поведение индивидов. Например, стало заставлять бакалейщиков продавать свою продукцию любым обратившимся, запретило единственному лодочнику отказывать в перевозке паломников или брать плату выше установленного уровня, запретило в местных лавках торговлю в священную для островитян среду, установило максимальную продолжительность рабочей недели при сборе урожая, квоты на вылов рыбы в реке для разных местных общин, детально урегулировало правила возведения хижин, качество поставляемых фермерами бобов и предельную длину бананов, зафиксировало максимальное число гостей на свадьбах, обязательные образовательные стандарты для программ обучения кузнецов и трубочистов, правила движения повозок на центральной улице столичного поселения и т.п. и далее снабдило все эти подробные регламенты угрозой публично-правовой ответственности (от штрафов до смертной казни)?

В современном развитом государстве подавляющее большинство позитивно-правовых норм – это именно подобные императивные нормы, детально регламентирующие поведение индивидов в обществе (в том числе между собой, но нередко и вне контекста каких-либо социальных отношений), а «вертикальные» отношения с государством возникают спорадически при необходимости получения тех или иных разрешений или при нарушении таких регламентов. Такова природа современного регулирующего государства всеобщего благосостояния (*regulatory / welfare state*). Оно не превращает людей в рабов или винтики тоталитарного механизма; вместо этого оно признает инициативу, частную собственность, личные права и экономический обмен, но в деталях поведение свободных индивидов регламентирует, предотвращая нанесение вреда обществу или отдельным его группам, оберегая слабых от своеволия сильных и проводя те или иные соображения общего блага, общественной и национальной безопасности и нравственности в их понимании чиновниками.

Все вопросы, касающиеся административной или уголовной ответственности за нарушение таких норм, безусловно, следует отнести к публичному праву. Но что можно сказать о самом этом миллионе норм, регламентирующих самые мелкие детали поведения и общественных отношений – от выгула собак и правил торговли сигаретами до высоты заборов и продолжительности рекламных роликов в сетке телепередач? Будет ли все это регулирование носить гражданско-правовой или публично-правовой характер? Наложение штрафов и лишение

водительских прав за нарушение ПДД – это, безусловно, право публичное, но что насчет самих ПДД, регулирующих правила поведения водителей на дорогах?

Обсуждаемое императивное регулирование, как правило, создает обязанности (выпускать в оборот определенную продукцию только при условии ее предварительной сертификации, выгуливать собак опасной породы в намордниках, останавливаться на красный свет светофора, соблюдать меры пожарной безопасности на предприятии и т.п.). Спрашивать за нарушение этих обязанностей будет государство за счет привлечения к административной или уголовной ответственности. Но ключевой тест на определение частноправовой или публично-правовой природы такого регулирования следующий: необходимо ответить на вопрос о том, создает ли это регулирование корреспондирующие данным обязанностям одних частных лиц права других частных лиц и могут ли последние требовать от обязанного лица такого поведения? Если мы ответим на этот вопрос утвердительно, то выяснится, что соответствующее регулирование создает гражданское «горизонтальное» правоотношение. А если так, то данное регулирование носит гражданско-правовой характер.

Например, возьмем потребительское законодательство. Не вызывает сомнений, что в той части, в которой оно определяет правовой режим взаимоотношений участников рынка и государственных органов, реализующих функции публичной власти в этой области экономических отношений (прежде всего Роспотребнадзор, ЦБ РФ), мы оказываемся в сфере публичного права, так как здесь отношения возникают не между равными, а между частным субъектом и государственной властью. Но большинство норм законодательства о защите прав потребителей, включая общий Закон о защите прав потребителей, а также целый ряд иных законов (например, Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»), регулирует отношения между частными субъектами за счет создания корреспондирующих обязанностям коммерсантов прав потребителей (например, на информацию). В этой части такое регулирование оказывается однозначно гражданско-правовым.

Образовательное законодательство в той его части, которая касается не вопросов взаимодействия образовательного учреждения с государством (например, лицензирование, аккредитация и т.п.), а отношений между обучающимися и образовательными организациями, видимо, также относится к частному праву, так как регулирует отношения между частными лицами и предоставляет обучающимся определенные права по отношению к образовательной организации.

Регулирование деятельности религиозных, спортивных и иных общественных организаций и отношений внутри них в той степени, в которой праву в принципе стоит вмешиваться в эти отношения и как-то регламентировать их, также должно считаться гражданско-правовым, если соответствующие нормы порождают права и обязанности между членами таких организаций. Регулирование теряет гражданско-правовую природу только тогда, когда а) затрагивает вопросы взаимоотношений таких организаций и государства или иных носителей публичной власти (например, предоставление той или иной церковной организации налоговых льгот, регулирование порядка взаимодействия организаторов спортивных матчей и правоохранительных органов и т.п.) или б) обязывает такие организации соблюдать определенные требования без формирования корреспондирующих этим обязанностям прав ее членов или иных частных лиц (например, вопросы пресловутой постановки на учет некоммерческих организаций в качестве иностранных агентов и т.п.).

Законодательство о защите персональных данных нацелено на порождение корреспондирующих обязанностям операторов персональных данных гражданских прав тех частных лиц, чьи данные обрабатываются. Последние могут предъявлять оператору определенные требования. Публичная ответственность усиливает защиту, но не исчерпывает суть порождаемых соответствующими правилами правовых эффектов. Но в этой области могут возникать и публично-правовые нормы (например, какие-то вопросы предоставления таких данных правоохранительным органам по их запросу).

Медицинское право также во многом регулирует гражданско-правовые отношения (в той части, в которой регулируются оказание медицинских услуг как минимум частными медицинскими учреждениями, донорство, вопросы суррогатного материнства и т.п.). Но здесь вполне могут возникать и публично-правовые отношения. И это не только вопросы взаимодействия клиник и публичных органов (например, лицензирование медицинских учреждений), но и вопросы обязательной вакцинации или диспансеризации. В последнем случае мы имеем обязанности, которые в ряде случаев возлагаются законом на граждан, но единственными лицами, которые могут требовать от них реализации этих обязанностей, являются носители публичной власти или лица, которым публичные функции делегированы.

Если правоотношение развивается исключительно между требующим от частного лица соблюдения установленных в нормативных правовых актах обязанностей государством и обязанным частным лицом, то речь идет о сугубо публичном правоотношении и, соответ-

ственно, публичном праве, такое правоотношение порождает. При этом нарушение данной обязанности может иногда в качестве побочного следствия привести к нарушению абсолютных имущественных и личных неимущественных прав других частных индивидов, и в таком случае возможен деликтный иск о возмещении убытков или морального вреда либо даже в ряде ситуаций иск о пресечении поведения, создающего угрозу такого нарушения (ст. 1065 ГК РФ); тогда возникает охранительное гражданское правоотношение. Но в случае с угрозой причинения вреда нет нарушения гражданского права, и иск о пресечении направлен на защиту охраняемого законом *интереса*. А в ситуации с состоявшимся нарушением речь не идет о нарушении какой-то гражданско-правовой обязанности, возникшей ранее и связывающей обе стороны. Нарушить абсолютное право может и принятие государством того или иного акта в рамках реализации функций публичной власти; из этого не следует, что принятие таких актов урегулировано нормами гражданского права. Возникновение охранительного деликтного правоотношения не является неперенным признаком того, что до этого стороны такого правоотношения были связаны гражданско-правовым отношением. Но самое главное, что нарушение данных обязанностей далеко не всегда причиняет вред абсолютным правам других лиц, однако независимо от этого будет считаться правонарушением и влечь публично-правовую ответственность. Это признак того, что само регулирование носит публично-правовой, а не частноправовой характер.

Это в первую очередь касается ситуаций, когда соответствующие требования установлены вне контекста какого-то конкретного социального отношения обязанного лица с третьими лицами. Например, закон может возлагать на собственника оружия определенные ограничения в отношении порядка его хранения и использования. Вряд ли здесь можно говорить о гражданско-правовом характере регулирования, так как этим обязанностям противостоит публичная власть, а не права какого-то другого частного лица.

То же и с правилами дорожного движения. Они не создают гражданского правоотношения, так как должны соблюдаться даже на абсолютно пустой дороге. Автомобилист должен следовать этим правилам не потому, что у него есть долг перед другими автомобилистами, а в силу требований таких правил. Поэтому речь идет о публичном праве. Нарушение правил дорожного движения может причинить вред другим лицам, и тогда в дополнение к публичному возникнет гражданское, деликтное правоотношение. Но если этого не произошло, у автомобилиста есть исключительно публичный долг перед обществом в целом в лице государства такие правила соблюдать.

Другой пример: правила землепользования (в частности, в отношении использования земли согласно ее категории) – это публичное право, так как они порождают публичную обязанность землепользователя, а не некое правоотношение с другими частными лицами. При отсутствии фактов причинения вреда абсолютным правам третьих лиц правоотношения между такими лицами или землепользователем это регулирование не порождает.

Тот же вывод справедлив и в отношении большинства норм экологического законодательства, которые устанавливают те или иные ограничения в отношении свободы экономической деятельности.

То же касается и многих норм, регулирующих градостроительство. Например, нормы о предельной этажности строений на землях определенных категорий возлагают обязанности, но не создают корреспондирующие таким обязанностям права других частных лиц.

Подобные публичные обязанности, не сопровождающиеся гражданскими правами, могут касаться и социального взаимодействия обязанного лица с другими лицами. Выше мы уже приводили пример с обязанностью банка заблокировать счет клиента при наличии оснований, предусмотренных в законодательстве о легализации. У самого клиента, очевидно, нет права требовать от банка заблокировать свой счет, банк обязан совершить данную операцию по блокировке, и требовать исполнения такой обязанности может лишь государство.

Впрочем, здесь следует сказать, что публично-правовое регулирование может в ряде случаев стать источником восполнения содержания некоторых сугубо частноправовых относительных правоотношений, возникших из сделок или иных установленных в ст. 8 ГК РФ оснований. Например, государство может установить санитарные правила в отношении ресторанов (в частности, требование обязательного наличия туалетной комнаты). Это нормы публичного права, так как соответствующие обязанности должны исполняться независимо от того, заходят клиенты в ресторан или нет. Они носят превентивный характер и нацелены на защиту интересов потенциальных посетителей. Но если ресторан заключил договор на проведение свадебного банкета, в котором данный аспект вполне предсказуемо не оговорен, такое требование должно считаться подразумеваемым в рамках договорного правоотношения, и у организаторов банкета возникает гражданско-правовое притязание к ресторану обеспечить его соблюдение. Они, в частности, могут воспользоваться традиционными договорными средствами защиты на случай нарушения договора (например, отказ от договора и взыскание убытков за срыв свадьбы).



Другой пример: налоговое законодательство требует от коммерсанта в определенных ситуациях выставлять своим клиентам счета-фактуры или кассовые чеки и предусматривает публичную ответственность за нарушение данной обязанности. Но можно ли сказать, что у соответствующего клиента есть гражданско-правовое притязание на получение таких счетов и чеков? Может ли покупатель, который получает от поставщика товар без счетов-фактур или с неправильно оформленными счетами-фактурами, потребовать по суду исполнения обязательства по оформлению таких счетов-фактур в натуре по правилам ст. 308.3 ГК РФ, возмещения убытков по правилам ст. 393 ГК РФ или отказаться от договора в связи с существенным нарушением договора? Как представляется, ответ должен быть утвердительным. Публичная обязанность выставить такие счета и чеки восполняет договорное правоотношение между сторонами, инкорпорируется в их договорное правоотношение и приобретает гражданско-правовые черты.

Близко к этим примерам примыкают случаи, когда государство устанавливает под угрозой публично-правовой ответственности императивные требования к качеству продукции или оказываемых услуг, которые актуализируются при вступлении соответствующего продавца, подрядчика или исполнителя в гражданско-правовые контрактные взаимодействия с клиентами. До заключения договора такие требования сами по себе не работают, и оснований для привлечения к публично-правовой ответственности нет. Сама суть этих требований состоит в том, чтобы установить, навязать содержание договорного правоотношения (в части вопросов о качестве предоставления). Это требование по своей природе восполняет содержание гражданского правоотношения, создавая корреспондирующие обязанностям права частных лиц — клиентов, давая им в руки соответствующее частное притязание и частные средства защиты. Публичная ответственность за нарушение таких требований лишь усиливает стимулы к их соблюдению. Так, государство активно устанавливает обязательные требования к качеству продукции, реализуемой потребителям. Эти нормы задействуются лишь на стадии реализации товара, т.е. при заключении договора. Согласно п. 4 ст. 469 ГК РФ если законом или в установленном им порядке предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям. То же касается и правил, обязывающих перевозчиков принимать багаж не ниже определенного веса или организаторов концерта указывать на использование фонограммы при исполнении. К этой же катего-

рии, видимо, следует отнести и установление обязательного образовательного стандарта, который по сути определяет обязательные требования к содержанию отношений по оказанию образовательных услуг. Обучающийся вправе требовать от образовательного учреждения оказания услуг в соответствии с таким стандартом, а государство может привлечь учреждение к административной ответственности за нарушение. Такие стандарты имеют ту же по сути природу, что и нормы о защите прав потребителей или прав облигационеров: эти нормы тоже формируют как гражданское правоотношение и соответствующие права, так и публичное.

Можно ли в подобных ситуациях говорить о дуалистической природе такого императивного регулирования, восполняющего договорные правоотношения, — вопрос спорный.

Итак, если некое императивное регулирование устанавливает обязанности одного лица и порождает корреспондирующие этим обязанностям права третьих лиц, то мы имеем гражданско-правовое регулирование, которое может порождать и вторичные чисто публично-правовые последствия (в виде привлечения к уголовной или административной ответственности). Вероятно, в некоторых ситуациях можно говорить о том, что это публично-правовое регулирование, которое в контексте конкретных сделок восполняет относительное гражданское правоотношение сторон сделки и приобретает определенные гражданско-правовые черты. Если же обязанностям корреспондируют только право публичного органа привлечь лицо к ответственности в случае их нарушения и никаких гражданских прав других частных лиц это регулирование не создает, мы имеем дело со сферой публичного права. В последнем случае гражданско-правовые последствия могут возникнуть только в ситуации, когда незаконная деятельность нанесла вред абсолютным правам третьих лиц или причинила им чистые экономические убытки (последнее — если наше деликтное право разворачивается лицом к взысканию таких убытков в деликтном праве (см. подробнее комментарий к п. 1 ст. 15 ГК РФ)).

#### *1.4. Сложные случаи*

Мы далеки от мысли о том, что вышеописанные критерии позволяют решить проблему, над которой мучительно бьются ученые уже не одну сотню лет. Даже если применять вышеуказанные критерии, на стыке между частным и публичным правом возникает ряд спорных вопросов.

Во-первых, не лишено тонких мест применение вышеописанного предметного критерия к разграничению сфер отношений, подпадающих под действие норм гражданского и публичного права. Далеко

не всегда абсолютно очевидно, основаны ли отношения на началах равенства или власти и подчинения.

Современное участие государства в экономике и иных сферах общественной жизни настолько разнообразно, что неминуемо порождает споры о частноправовом или публично-правовом характере отношений. Многие из спорных ситуаций связаны с активной ролью современного государства, которое выполняет множество социальных функций и выступает как провайдер множества социальных услуг и «поставщик» публичных благ, а также нередко как инвестор или соинвестор.

Например, спорным может показаться вопрос отнесения к категории отношений, регулируемых гражданским правом, функционирования системы обязательного медицинского, пенсионного или социального страхования и взаимодействия людей с государственными организациями, реализующими соответствующие социальные функции государства. Действует ли здесь государство в лице соответствующих государственных фондов как публичная власть или как равный субъект страховых правоотношений? Принудительное взимание социальных сборов, очевидно, относится к публичному праву (налоги и сборы), но являются ли публичной, властной деятельностью государства организация выплаты социальных пособий через деятельность соответствующих государственных социальных фондов (например, пособий по инвалидности) или осуществление пенсионных выплат? Или речь идет уже о гражданско-правовом долге?

В судебной практике можно встретить вывод об отсутствии у отношений по обязательному страхованию жизни и здоровья военнослужащих гражданско-правового характера (п. 6 Обзора практики рассмотрения судами дел о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью военнослужащих, граждан, призванных на военные сборы, лиц рядового и начальствующего состава органов внутренних дел Российской Федерации, Государственной противопожарной службы, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, сотрудников учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, утвержденного Президиумом ВС РФ [23 декабря 2015 г.](#)). Но этот спорный вывод сделан для обоснования неприменения к этим отношениям потребительского законодательства. Не вполне понятно, стоило ли Суду для этого частного вывода делать столь общее утверждение об отсутствии у таких страховых отношений в принципе черт частноправовых.

Еще одна спорная область — это государственно-частное партнерство, концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции.

Другой пример: судьба налоговых и иных публично-правовых требований при банкротстве должника. Правовое регулирование банкротства — это по большей части частное право (за рамками того, что можно отнести к вопросам процессуальным), но в контексте судьбы публично-правовых требований в банкротстве частное и публичное право вступает в сложное взаимодействие.

Вопросы возникают и в связи с приватизацией («аутсорсингом») публично-правовых функций. Когда частные компании начинают по заданию правительства и за вознаграждение выполнять традиционные публичные функции и задачи (например, частные военные компании, частные тюрьмы, частные визовые центры и другие подобные структуры, работающие по договору с публичными образованиями и реализующие те или иные публичные функции), какова природа отношений таких компаний с частными лицами? Видимо, публично-правовая.

Тот же вывод делается в судебной практике в отношении нотариусов. Нотариус воспринимается не столько как свободный участник оборота, сколько как агент публичной власти. Как отметил КС РФ, «[о]существление нотариальных функций от имени государства предопределяет публично-правовой статус нотариусов», включая «нотариусов, занимающихся частной практикой и в качестве таковых принадлежащих к лицам свободной профессии» (см. Постановление КС РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П).

Еще один вопрос: к какой области отнести вопросы государственной или муниципальной гражданской службы? В судебной практике можно найти упоминания того, что вопросы несения государственной и муниципальной службы, а также статуса служащего не относятся к гражданскому праву (п. 6 Обзора судебной практики по спорам, связанным с прохождением службы государственными гражданскими служащими и муниципальными служащими, утвержденного Президиумом ВС РФ 22 июня 2016 г.). Но данный вопрос можно было бы считать спорным. Прохождение государственной службы — это способ распоряжения гражданином своими способностями к труду, что должно подводить эти отношения под категорию трудовых, но с государственно-служебной спецификой. А трудовые отношения — это, как уже отмечалось, разновидность частноправовых отношений: государство выступает по отношению к служащему как работодатель, а не как суверен. Другое дело, что если считать, что трудовые отношения как область частного права выходят за рамки гражданского законодательства, то тот же вывод справедлив и в отношении регулирования государственной гражданской службы.

А что насчет регулирования вопросов военной службы и функционирования правоохранительных органов? Отношения с армией призывников, скорее, клонятся к публичному праву за вычетом отношений, связанных с причинением вреда в ходе прохождения службы. Но что можно сказать о службе по контракту на возмездной основе? Может ли контрактник защищать свои права средствами гражданского права (например, взыскивать задолженность по выплате денежного довольствия с применением обычных мер гражданско-правовой ответственности)? Как представляется, да.

Сложный вопрос возникает в отношении регулирования недропользования. Нередко в судах этот вопрос становится принципиальным. Практика ВАС РФ придерживалась публично-правовой квалификации (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 февраля 2014 г. № 13728/13).

Другой вопрос: относится ли к публичному или гражданскому праву правовой режим национализации, конфискации или реквизиции? Безусловно, здесь срабатывает гражданско-правовой эффект (прекращение права собственности), но нельзя ли говорить о том, что отношения между государством и собственником в данной ситуации основываются на началах власти и подчинения?

Во-вторых, возникает вопрос по поводу правового регулирования, формирующего те или иные запреты на свободное вступление в те или иные социальные отношения с другими частными лицами. Например, к частному или публичному праву следует отнести запреты на продажу органов для трансплантации, запреты на экспорт товаров в нарушение введенных экспортных ограничений или санкций, свободную продажу оружия, реализацию этилового спирта без необходимых разрешений, продажу алкоголя в ночное время, заключение договоров страхования лицом, не имеющим лицензии на ведение страхового бизнеса, и т.п.? Многие ответят, что речь здесь идет о публично-правовых запретах. Но должны ли мы тогда признать публично-правовыми нормами содержащиеся в ГК РФ запреты на страхование договорной ответственности, дарение между коммерческими организациями, выдачу безотзывных доверенностей за рамками случаев, указанных в законе, и др.?

Рассмотрим, например, антимонопольное право. Естественно, вопросы публично-правовой ответственности за нарушение антимонопольного законодательства или согласования сделок экономической концентрации с ФАС России – это вопросы публичного права, так как здесь государственные органы взаимодействуют с частными субъектами на основе власти и подчинения, реализуя свои публичные функции.

Но что насчет запретов на заключение соглашений, ограничивающих конкуренцию?

Пока ясного ответа на вопрос о природе таких императивных запретов наше право не содержит. Иногда создается впечатление, что юристы решают данный вопрос в зависимости от того, находится ли этот запрет в ГК РФ или каком-то законе, в целом ассоциирующемся с публичным правом.

### **1.5. Выводы**

В итоге можно предложить для обсуждения следующую гипотезу в отношении критериев разграничения частного и публичного права. Гражданское (частное) право как отрасль позитивного права посредством норм гражданского законодательства и иных источников позитивного гражданского права регулирует имущественные и личные неимущественные отношения между субъектами права, действующими на началах равенства и не находящимися в отношениях власти и подчинения. При этом гражданское право регулирует эти отношения путем формирования относительного правоотношения между такими лицами (в том числе в форме установления обязанностей, которым корреспондируют права другого участника правоотношения), правового режима абсолютных и противопоставимых всем третьим лицам гражданских прав, а также правового статуса участников таких правоотношений и правового режима их объектов.

Публичное же право а) регулирует вопросы формирования, внутренней организации, взаимоотношения различных уровней и ветвей власти и иные аспекты функционирования публичной власти в обществе, б) определяет правовой режим отношений между публичной властью и частными лицами, основанных не на равенстве, а на власти и подчинении, и в) устанавливает для частных лиц публичные обязанности, соблюдения которых вправе требовать от таких лиц исключительно публичная власть.

В то же время здесь возникает множество спорных вопросов (например, неочевидность в ряде случаев границы между ситуациями участия публичных органов в отношениях с частными лицами на началах равенства или власти и подчинения, вопрос о том, к какой области права относить запреты на свободное социальное взаимодействие частных лиц, и др.).

Так что нельзя сказать, что у нас есть абсолютно непротиворечивый рецепт разграничения частного и публичного права. Но в целом кажется более адекватным разграничивать гражданское и публичное право на основе анализа характера тех отношений, которые право регулирует, и тех правоотношений, которые правовое регулирование формирует

### *1.6. Значение разграничения частного и публичного права*

Все вышеуказанные вопросы не пустая игра ума кабинетных теоретиков, граница между частным и публичным правом может иметь важное практическое значение. Например, в силу Конституции РФ гражданское законодательство отнесено к исключительной компетенции Российской Федерации, чего нельзя сказать о целом ряде публично-правовых областей права (например, административном). Соответственно, нормы гражданского права могут принимать только федеральные правотворческие органы.

Центральный же аспект таков: отнесение какой-либо сферы социальных отношений к категории гражданско-правовых по умолчанию «подтягивает» к этим отношениям общие положения ГК РФ и общие принципы гражданского права. Например, к искам из нарушения гражданского права применяется исковая давность, в то время как к требованиям, вытекающим из права публичного, если иное не указано в законе, та или иная давность не применяется. Этот вопрос всплыл в Постановлении Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 1089/11, где Суд указал, что спор между ТСЖ и управляющей компанией о передаче документов по регистрационному учету граждан относится не к гражданскому, а к публичному праву, так как данные частные организации в сфере регистрационного учета выполняют публичные функции, и по сути спор возник по поводу реализации функций публичной власти между субъектами, наделенными отдельными функциями такой власти. Посему Суд отказал в применении исковой давности. По тому же мотиву ВС РФ не применил исковую давность к спору о выплате задолженности по пенсии (Определение СКГД ВС РФ от 6 июля 2007 г. № 41-В07-25).

Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 4 февраля 2014 г. № 13728/13 Суд отказался признать правильным отнесение законодательства о недрах к сфере гражданского права, и это стало основанием для отклонения иска о возврате по правилам гл. 60 ГК РФ в качестве неосновательного обогащения уплаченного разового платежа за получение права пользования недрами в связи с досрочным прекращением лицензии.

Как считает судебная практика, если денежный долг вытекает из гражданско-правовых оснований, появляется возможность взыскания процентов годовых по ст. 395 ГК РФ; в обратном случае формальных оснований для этого нет (определения КС РФ от 19 апреля 2001 г. № 99-О, от 25 ноября 2010 г. № 1535-О-О, от 25 февраля 2013 г. № 139-О).

Конечно, в некоторых ситуациях применение норм гражданского законодательства к публичным отношениям (в частности, то же на-

числение процентов годовых) возможно в формате межотраслевой аналогии закона, но это могут быть точечные решения. По умолчанию нормы гражданского законодательства к публичным правоотношениям не применяются.

Кроме того, законодатель может дифференцировать процессуальные формы разрешения споров в сферах частного и публичного права (например, в контексте компетенции третейских судов или применимости норм Кодекса административного судопроизводства РФ).

Еще один аспект, подчеркивающий практическую важность разграничения частного и публичного права: применимое к отношениям, осложненным иностранным элементом, материальное гражданское право определяется согласно правилам международного частного права, а вопросы процессуального права, по господствующему сейчас воззрению, относящиеся к публичному праву, определяются по праву страны, государственный суд которой рассматривает спор. Поэтому на практике бывает принципиально определить, имеем ли мы дело с нормой гражданского (частного) права или с нормой процессуального (т.е., по доминирующим воззрениям, публичного) права. Здесь в ряде случаев возникают интересные спорные вопросы. Например, норма о запрете использования свидетельских показаний при доказывании факта и содержания сделки, совершенной в нарушение обязательной письменной формы (п. 1 ст. 162 ГК РФ), многими воспринимается как элемент гражданского права, но не менее громко звучат голоса в пользу того, что этот вопрос допустимости доказательств относится к праву процессуальному, т.е. публичному. ВС РФ в п. 23 Постановления Пленума от 9 июля 2019 г. № 24 разрешил данный спор в пользу признания за указанной нормой гражданско-правовой природы, но до этого ясности по рассматриваемому вопросу не было, и в целом он может вызывать споры.

Другой пример — это предусмотренный в ст. 308.3 ГК РФ институт судебной неустойки: следует ли признать, что это институт, скорее, частноправовой, так как астрент назначается в пользу истца, т.е. порождает денежное правоотношение между ответчиком и истцом? Или все же это процессуальный механизм? Если исходить из того, что это институт частного права, то при разрешении в российском суде спора, к которому применимо иностранное материальное право, суд не может присудить астрент, если в материальном праве соответствующего иностранного государства он не признается, а также должен руководствоваться материально-правовыми нормами иностранного права при определении условий и порядка присуждения и взыскания астрента, если в праве этой зарубежной страны он признается. Если же



прийти к выводу о том, что это институт, скорее, публичного, процессуального права, то российский суд не связан тем, какое иностранное применимое к материально-правовым вопросам спора право относится к астренту. Как представляется, судебная практика, скорее, склонится к восприятию астрента как института процессуального права (тем более что с недавних пор астрент предусмотрен в ГПК РФ и АПК РФ (см. подробнее п. 7.11 комментария к ст. 12 ГК РФ). Но не исключено, что у него будет обнаружено и множество частноправовых признаков (например, возможность уступки требования о взыскании начисленного астрента по правилам о цессии денежных гражданско-правовых требований). Пока ясности в данном вопросе нет.

Возмещение судебных расходов также вызывает споры. Доминирующее воззрение относит этот институт к элементам процессуального, т.е. публичного, права, но у него признается и множество ярких частноправовых признаков, и поэтому к возмещению судебных расходов применяются многие нормы ГК РФ об обязательствах (о возможности уступки требования о возмещении расходов, о начислении процентов годовых на присужденные расходы и т.п.). См. подробнее комментарий к ст. 15 ГК РФ.

Еще одна интересная пограничная сфера — функционирование системы третейского рассмотрения споров (арбитража). Применяются ли общие правила ГК РФ к рассмотрению третейским судом того или иного частноправового спора? Согласно ст. 50 Закона об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации некоммерческая организация, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, несет гражданско-правовую ответственность перед сторонами арбитража только в виде возмещения убытков, причиненных им вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения постоянно действующим арбитражным учреждением своих функций по администрированию арбитража или связанных с осуществлением им своих обязанностей, при умысле или грубой неосторожности. Но не вполне понятно, являются ли в принципе деятельность третейского учреждения и его взаимоотношения с арбитрами и сторонами спора гражданско-правовыми, или здесь речь идет о делегации таким учреждениям своего рода публичных функций. Не будем пытаться дать ответ на данный непростой вопрос.

### ***1.7. Распространение норм гражданского законодательства на отношения с участием иностранных субъектов***

Абзац четвертый комментируемого пункта говорит, что установленные гражданским законодательством правила применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства

и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Эта норма означает предоставление иностранным гражданам, лицам без гражданства (апатридам) и иностранным юридическим лицам так называемого национального режима. Данное положение дублирует в контексте гражданского права положение ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, согласно которому «[и]ностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации». То же указано в ст. 4 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

В практическом плане национальный режим означает недискриминацию в правовом регулировании иностранных юридических лиц и граждан, не имеющих гражданства РФ. Общие правила гражданского законодательства распространяются на все субъекты права. Так, например, иностранные граждане и лица без гражданства могут заключать на территории РФ сделки, требовать возмещения вреда, наследовать и т.п. Согласно п. 7 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 на основании комментируемой нормы иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица могут по общему правилу подавать в суды заявления о признании недействительными актов государственных органов и органов местного самоуправления и вправе рассчитывать на их рассмотрение в общем порядке.

Исключения возможны, но должны быть прямо оговорены в законе. Причем речь согласно Конституции РФ и комментируемой норме идет о федеральном законе, а не об ином нормативном правовом акте. Например, закон может ограничивать долю участия иностранных граждан или организаций в капитале определенных российских корпораций или запрещать им приобретать земельные участки в приграничных территориях.

В то же время здесь следует учитывать нормы международного частного права (в частности, положения разд. VI части третьей ГК РФ). В ряде случаев отношения с участием иностранных лиц будут подчиняться не российскому частному праву, а национальному частному праву зарубежного государства. Например, российская организация, заключая договор с зарубежным партнером, может согласовать в договоре применение к договорным правоотношениям норм зарубежного частного права, а при отсутствии такой договоренности зарубежное частное право может оказаться применимым в силу соответствующих коллизионных норм.

### ***1.8. Отношения с участием предпринимателей как гражданско-правовые отношения***

Абзац третий п. 1 комментируемой статьи устанавливает, что настоящий Кодекс, помимо прочего, регулирует и отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием. Речь, конечно же, идет не обо всех, а только о гражданско-правовых по своему характеру предпринимательских отношениях. Иные отношения с участием предпринимателей (о критерии дифференциации см. выше п. 1.2–1.6 комментария к настоящей статье) не входят в предмет гражданского законодательства и в их регламентации Кодекс не участвует.

Важное значение комментируемой нормы заключается в фиксации намерения законодателя отказаться от дуализма гражданско-правового законодательства, при котором наряду с ГК РФ существует еще и отдельный кодификационный акт (как правило, именуемый торговым, коммерческим, хозяйственным кодексом или иным подобным образом), посвященный регулированию предпринимательских отношений. Дуализм кодификаций характерен для правопорядков ряда европейских стран (например, Германии, Франции, Австрии), но отвергается в ряде других стран (например, Голландия, Италия, Швейцария). При этом необходимо понимать, что выбор парадигмы регулирования гражданско-правовых отношений — унификация или дуализм — предопределен всецело политикой права, удобством регулирования и национальными традициями. Российский законодатель отказался от дуализма гражданско-правовых кодификаций, посчитав возможным и необходимым урегулировать предпринимательские отношения непосредственно в ГК РФ, и это кажется вполне логичным шагом.

Другая, даже более важная цель комментируемой нормы — задать определение предпринимательской деятельности с учетом того, что данное понятие используется крайне интенсивно как в гражданском, так и в публичном регулировании. С предпринимательским статусом лица в действующем законодательстве связаны пределы договорной свободы — допустимость использования отдельных институтов гражданского права (например, платы за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ), безотзывной доверенности (п. 1 ст. 188.1 ГК РФ), сложных процентов (п. 2 ст. 317.1 и п. 5 ст. 395 ГК РФ)) или отдельных договорных конструкций (например, коммерческой концессии, факторинга); большая свобода в изменении установленных законом правил в отношениях друг с другом (например, абзац первый п. 2 ст. 310, абзац второй п. 1 ст. 390 ГК РФ) и, напротив, серьезные ограничения такой

свободы в отношениях с лицами, не являющимися предпринимателями (например, абзац второй п. 2 ст. 310 ГК РФ), применение к таким отношениям потребительского законодательства. Элементом гражданско-правового режима предпринимательской деятельности выступают правила о строгой ответственности (п. 3 ст. 401, п. 4 ст. 431.2 ГК РФ). Предпринимательский характер деятельности сопрягается также с необходимостью государственной регистрации в подобном качестве (см. ниже подп. «в» п. 1.8 настоящего комментария) и установлением публично-правовой (административной и уголовной) ответственности за ее осуществление без таковой. Предпринимательский статус лица влияет и на иные особенности публично-правового регулирования: определение компетенции судов, разрешающих споры (п. 1 и 2 ст. 27 АПК РФ), особый налоговый режим деятельности и мн. др. Поэтому комментируемая норма имеет колоссальное практическое значение.

*(а) Возможные подходы к определению предпринимательской деятельности*

Существует несколько подходов к определению предпринимательской деятельности.

Развилка № 1: формальный подход v. оценочные критерии. Определяя понятие предпринимательской деятельности, законодатель может либо формулировать его через перечисление неких объективных формальных критериев (интенсивность и объем операций, объем дохода и т.п.) (формальный подход), либо использовать для этих целей набор оценочных критериев, которые будут устанавливаться каждый раз правоприменителем *ad hoc* на основании фактических обстоятельств (гибкий подход). Анализ комментируемой нормы и ее интерпретация КС РФ позволяют утверждать, что в современном отечественном законодательстве воплощен именно последний подход (см. определения КС РФ от 17 июля 2018 г. № 1684-О, от 29 мая 2018 г. № 1122-О, от 27 июня 2017 г. № 1214-О, от 18 июля 2017 г. № 1565-О, от 25 января 2018 г. № 18-О, от 29 января 2019 г. № 239-О), хотя это принципиально не исключает *de lege ferenda* возможности вернуться к идее формализации соответствующего определения.

Плюсы и минусы каждого из обозначенных подходов очевидны. Формализация позволит *ex ante* сделать правовой статус лица более определенным для него самого, иных участников оборота, а также правоприменителя. Благодаря использованию формальных признаков режим соответствующей деятельности и применимые к его регулированию правила станут более прогнозируемыми. Однако любая формализация, сколь бы детальной она ни была, всегда будет достаточно грубым инструментом регулирования. Формализация неизбежно сопряжена

с возможным несправедливым решением, так как она обращает внимание не на существо, а лишь на внешние признаки.

Однако при всех плюсах использование гибкого подхода, очевидно, снижает степень определенности. Наглядным проявлением этого является вопрос распределения компетенции между судами общей юрисдикции и арбитражными судами по многим категориям споров (поручительство мажоритарного участника по долгам «своего» юридического лица, споры с участием гражданина, утратившего статус предпринимателя, по сделкам, заключенным им в период коммерческой деятельности, дела об административной ответственности предпринимателей и др.), с которой зачастую не справиться даже хорошо подготовленному юристу. Но самая важная проблема — это риск привлечения к уголовной (ст. 171 УК РФ) или административной (ст. 14.1 КоАП РФ) ответственности за занятие предпринимательской деятельностью без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, а также применения налоговых последствий квалификации приносящей доход деятельности гражданина как предпринимательской. Когда такие серьезные публично-правовые последствия зависят от сочетания ряда оценочных критериев, нарушается базовый принцип правовой определенности.

Развилка № 2: универсальное понятие *v.* дифференцированный подход. Определяя понятие предпринимательской деятельности, законодателю необходимо сделать еще один важный выбор — использовать это понятие в качестве универсального для всего массива (частноправового и публично-правового) регулирования либо допустить дифференцированное понимание статуса лица как предпринимателя применительно к вопросам разной отраслевой принадлежности.

Современное отечественное законодательство, скорее, воплощает первый из обозначенных подходов, а единственная легальная дефиниция предпринимательской деятельности, содержащаяся в комментируемой норме, используется не только в гражданском, но и в публичном (процессуальном, налоговом, административном, уголовном) праве.

Издержками такой универсализации выступает то, что, каждый раз решая вопрос о предпринимательском характере той или иной деятельности, мы должны держать в уме «отражение» подобного статуса во всем массиве действующего законодательства. Однако это не всегда возможно. В результате решение, обоснованное с позиций одной отрасли права, может породить парадоксальные выводы для другой. Например, в современном российском законодательстве положительно решен вопрос о «предпринимательском» статусе так называемых самозанятых граждан (домработниц, нянь и т.п. (см. ниже подп. «б» п. 1.8

комментария к настоящей статье)). Означает ли это, что споры таких самозанятых, вытекающие, например, из их договоров с агентством по найму, должны рассматриваться в арбитражном суде?

При этом необходимо учитывать, что дифференцированный подход к предпринимательскому статусу может использоваться не только для вопросов разной отраслевой принадлежности. Даже в рамках гражданского права возникают поводы для дифференциации. Неужели на договоры граждан (нанимателей) с самозанятыми нянями должно распространяться потребительское законодательство, и няни должны нести строгую ответственность за опоздание независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), как и иные коммерсанты? Как представляется, это было бы несправедливо. Другой очевидный пример — деятельность по участию в хозяйственном обществе, которая очевидно выступает формой бизнес-активности и тяготеет к ее признанию в качестве предпринимательской. К договорам по поводу акций или долей в ООО (договорам, связанным с отчуждением этих акций или долей, корпоративным договорам) целесообразно применять правила ГК РФ о предпринимательских договорах. На это в ряде случаев прямо указано в законе (см. 406.1, 431.2 ГК РФ), а иногда такой же вывод делается правоприменительной практикой (см., например, п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Однако констатация статуса таких лиц как предпринимателей для целей применения норм договорного права в отношении заключаемых ими в связи со своими акциями или долями сделок, естественно, не должна означать необходимость их регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Как мы видим, универсальность решения вопроса о квалификации деятельности в качестве предпринимательской в ряде случаев должна быть ограничена, а необходимая дифференциация — обеспечена за счет телеологического толкования соответствующих норм.

*(б) Понятие и признаки предпринимательской деятельности*

Легальная дефиниция, сформулированная в абзаце третьем п. 1 комментируемой статьи, раскрывает понятие предпринимательской деятельности через перечисление ее признаков. Забегая вперед, сразу уточним, что данное определение оставляет больше вопросов, чем дает ответов. В норме закрепляется ряд оценочных критериев, совокупность которых, по мысли законодателя, должна квалифицировать ту или иную человеческую деятельность в качестве предпринимательской, но необходимость и достаточность этих критериев вызывает множество споров. В результате мы оказываемся в зоне серьезной правовой неопределенности.

Напомним, что ставки очень велики. От ответа на данный вопрос зависит применимость к этой деятельности целого массива норм гражданского и публичного законодательства, а иногда и свобода человека (например, в контексте уголовной ответственности за занятие предпринимательской деятельностью без регистрации).

Давайте посмотрим, какие критерии нам предлагает использовать законодатель.

(i) *Самостоятельный характер* предпринимательской деятельности означает, что таковая осуществляется лицом от собственного имени, в своем интересе и за свой счет. При этом данное лицо свободно в решении вопросов о самом занятии предпринимательской деятельностью, выборе ее возможных видов и форм.

Проблема с этим критерием в том, что любая деятельность в конечном итоге самостоятельна в той степени, в которой человек действует как лично свободный индивид и не находится в зиндане или в официальных местах лишения свободы. Директор правового департамента банка также самостоятельно решает, выйти ли ему на работу, на какую зарплату согласиться и не пора ли уволиться из банка во избежание рисков привлечения к уголовной ответственности за творимые в банке преступные махинации ради годичного отдыха на Гоа или в целях получения более выгодных условий труда в юридической фирме.

Чтобы этот критерий не выглядел совсем тавтологичным, видимо, следует толковать его так: предприниматель действует не по найму, не как работник и не подчиняется в рамках своей приносящей доход деятельности трудовому распорядку того, кто ему платит. Предприниматель — это «вольный художник».

Будучи необходимым, понимаемый вышеописанным образом признак самостоятельности, однако, не является достаточным для определения предпринимательской деятельности, поскольку в той или иной степени присущ любой экономической деятельности и любой свободной деятельности вообще, за исключением деятельности, осуществляемой в рамках трудовых отношений.

(ii) *Рисковый характер* предпринимательской деятельности является логическим продолжением признака самостоятельности. При этом следует иметь в виду, что любая деятельность сопряжена с рисками. Возможная неэффективность принятых решений, неполучение ожидаемого дохода (прибыли), невозврат выданного займа заемщиком, сгорание вкладов в обанкротившемся банке, потери от возможного изменения нормативного регулирования и экономической конъюнктуры характерны для деятельности не только предпринимателей,

но и всяких участников оборота. Даже работник по трудовому договору рискует тем, что ему не заплатят за труд.

Возможно, законодатель хочет сказать, что в сфере предпринимательской деятельности риск выше обычного. Но при этом ряд очевидно предпринимательских видов деятельности сопряжены с минимальным риском, степень которого не сильно превышает риск, сопряженный с работой на шахте (например, риски в деятельности компаний, выступающих в качестве естественных монополистов).

Наверное, все же рисковый характер деятельности действительно характеризует предпринимательскую деятельность, но этот критерий малоинформативен, так как вряд ли мыслимо много приносящих доход видов деятельности, которые не сопряжены вовсе с какими-то рисками. Даже таксист в таксопарке рискует тем, что весь его профессиональный капитал завтра может быть обесценен, когда по городу начнут ездить самоуправляемые такси, и он окажется на бирже труда.

(iii) Указание на то, что *предпринимательская деятельность может проявляться в пользовании имуществом, продаже товаров, выполнении работ или оказании услуг*, не составляя отдельного сущностного ее признака, призвано подчеркнуть многовариантность и тем самым свободу видов предпринимательской деятельности. Сильно этот критерий в очерчивании границ понятия предпринимательской деятельности не помогает, так как данный список носит иллюстративный характер. Здесь не упомянуты предоставление имущества в аренду, банковская деятельность и много других форм, безусловно, предпринимательства и извлечения доходов.

(iv) *Направленность на систематическое получение прибыли* составляет, судя по тексту данной нормы, главный (ключевой) признак предпринимательской деятельности.

Но с ним не все так просто.

Следует сразу подчеркнуть, что для квалификации деятельности в качестве предпринимательской значение имеет только и исключительно направленность на получение прибыли, а не сам факт ее получения. Последнее является целью предпринимательской деятельности, а не ее обязательным результатом (см. п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 24 октября 2006 г. № 18; Определение СКГД ВС РФ от 28 марта 1997 г. № 56-В97-2).

Не стоит, на наш взгляд, преувеличивать значение использованного законодателем термина «прибыль». Безусловно, экономически понятия «прибыль» и «доход» не совпадают. Однако применительно к деятельности граждан четкое разграничение этих категорий в большинстве случаев не представляется возможным. Например, выделение



прибыли в составе доходов частного репетитора может не производиться. Формулируя общее определение, охватывающее в том числе и предпринимательскую деятельность граждан, законодатель, скорее всего, не придавал данному термину буквальное значение, отождествляя прибыль с любым доходом, извлекаемым в целях приращения своего экономического благосостояния.

Последнее означает, что извлечение благотворительным фондом денежных средств в виде пожертвований не является прибылью по смыслу комментируемой нормы и не превращает деятельность фонда в предпринимательскую, так как не направлено на приращение экономического благосостояния учредителей фонда.

Но проблема в том, что множество различных видов деятельности, осуществляемых самостоятельно и в той или иной степени на свой риск, приносит доход.

Приведем несколько примеров. Является ли предпринимательской:

1) сдача своей квартиры или нескольких квартир (иного недвижимого имущества) в долгосрочный наем (аренду);

2) продажа своей квартиры или нескольких квартир (иного имущества);

3) предоставление процентного займа (нескольких займов) знакомым;

4) внесение денег во вклады в банки под процент;

5) игра на тотализаторе и лотереи, в казино;

6) инвестирование средств в личное страхование на дожитие; в частные пенсионные фонды с целью получения пенсионных выплат по достижении определенного возраста; в ПИФы, в управление биржевым брокером;

7) самостоятельное инвестирование средств в ценные бумаги в целях сохранения и приумножения капитала (чем в некоторых странах занимаются большинство состоятельных граждан, управляя своими накоплениями);

8) чтение лекций на различных курсах и иные выступления на различных публичных мероприятиях;

9) съемки в теле- или кинофильмах в массовке или в основной роли, написание и публикация научных, научно-популярных или художественных книг, создание и продажа произведений искусства, иная творческая деятельность в обмен на вознаграждение;

10) изобретательство и извлечение дохода в результате продажи патента или предоставления лицензии;

11) работа по контракту в качестве няни, домработницы, личного шофера, репетитора;

- 12) деятельность адвокатов или частных нотариусов;
- 13) осуществление на возмездной основе функции арбитра при разрешении конкретного спора в рамках третейского разбирательства, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, или осуществляемого третейским судом, образованным *ad hoc*;
- 14) участие в хозяйственных обществах;
- 15) осуществление на возмездной основе полномочий и обязанностей членов совета директоров АО;
- 16) выполнение на возмездной основе функций независимого эксперта?

Список вопросов можно продолжать. Во всех указанных случаях деятельность приносит доход, нередко систематический. Означает ли это, что все члены совета директоров АО должны быть зарегистрированы и платить налоги как индивидуальные предприниматели, а нянечка отвечает за опоздание по правилам строгой ответственности коммерсантов независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ)?

Иногда законодатель произвольно тот или иной вид деятельности прямо объявляет непредпринимательским.

В большинстве случаев поводом к такому указанию является то, что в рамках подобной деятельности реализуется публичная или иная общественно значимая функция. Так, именно в силу указанных причин согласно прямому указанию закона не считается предпринимательской, в частности, адвокатская деятельность (п. 2 ст. 1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), деятельность медиатора (ч. 3 ст. 15 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»), деятельность арбитров в рамках третейского разбирательства (п. 1 ст. 2 Закона об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации), деятельность нотариусов, занимающихся частной практикой (ст. 1 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1). Частной практикой признается также профессиональная деятельность арбитражных управляющих (п. 1 ст. 20 Закона о банкротстве).

В принципе, законодатель может признать, что определенная деятельность не относится к предпринимательской, руководствуясь и иными политико-правовыми соображениями. Примером такого решения является п. 4 ст. 2 Федерального закона 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве», согласно которому «[р]еализация гражданами, ведущими личное подсобное хозяйство, сельскохозяйственной продукции, произведенной и переработанной при ведении

личного подсобного хозяйства, не является предпринимательской деятельностью». В п. 2 ст. 46 ранее действовавшего Закона РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» платная образовательная деятельность образовательного учреждения объявлялась непредпринимательской, если получаемый от нее доход полностью направлялся на возмещение затрат на обеспечение образовательного процесса (в том числе на заработную плату), его развитие и совершенствование в данном образовательном учреждении.

Причем логичность таких шагов не всегда очевидна, но оставим пока эти вопросы за скобками.

Также в ряде случаев помогает избежать сложных вопросов квалификации и ряд формальных критериев. Любая приносящая доход деятельность коммерческой организации будет считаться предпринимательской.

То же касается и приносящей доход деятельности некоммерческой организации по оказанию услуг (например, образовательных, медицинских) лицам, не являющимся ее членами. По последнему вопросу см. п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Деятельность по производству и продаже товаров (например, литературы, инвентаря, атрибутики), выполнению работ и оказанию услуг (например, образовательных, спортивных и пр.), формально соответствующую указанным в комментируемой статье признакам предпринимательской деятельности, могут осуществлять не только граждане и коммерческие организации, но и некоммерческие организации. То обстоятельство, что для последних эта деятельность является вспомогательной (неосновной) и допускается лишь постольку, поскольку это служит достижению целей создания и соответствует таким целям, полученный доход (прибыль) не распределяется между членами некоммерческих организаций, а реинвестируется в решение их уставных целей и задач (п. 1, 4 ст. 50 ГК РФ), вряд ли нивелирует сходство подобной деятельности с предпринимательской деятельностью коммерческих организаций. В дореформенной редакции п. 4 ст. 50 ГК РФ прямо именовал такую деятельность некоммерческих организаций «предпринимательской». В ходе реформы гражданского законодательства термин «предпринимательская деятельность» в отношении некоммерческих организаций в ст. 50 ГК РФ был заменен выражением «приносящая доход деятельность». Детальный разбор отличий такой деятельности от предпринимательской и анализ обоснованности данной замены выходят за пределы настоящего комментария. С практической же точки зрения это изменение не произвело революционных перемен в интересующем нас вопросе, поскольку Пленум

ВС РФ прямо указал, что на некоммерческую организацию в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Это означает, что во всех случаях, когда критерием специального регулирования выступает предпринимательская деятельность, соответствующие правила применяются не только к индивидуальным предпринимателям и коммерческим организациям, но и к некоммерческим организациям в рамках осуществляемой последними приносящей доход деятельности.

Основные сложности возникают с направленной на извлечение дохода деятельностью граждан, не зарегистрированных в качестве индивидуальных предпринимателей, и даже самих индивидуальных предпринимателей. Например, будем ли мы считать краткосрочный процентный заем, который гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, дает своему знакомому, осуществлением той самой предпринимательской деятельности, ради которой он регистрировался как индивидуальный предприниматель? Вряд ли.

И здесь мы вынуждены выработать какие-то критерии.

Как представляется, нам во избежание абсурдных выводов, раз уж законодатель не пошел по пути формализации критериев (см. выше подп. «а» п. 1.8 комментария к настоящей статье), не остается ничего иного, кроме как использовать следующий прием: закрепить несколько факторов, которые свидетельствуют о направленности деятельности на систематическое извлечение прибыли и делегировать судебной практике функцию по окончательной квалификации спорной деятельности в качестве предпринимательской с их использованием.

*(в) Факторы, учитываемые при отнесении самостоятельной и рискованной деятельности к направленной на систематическое извлечение прибыли*

Каждый из нижеуказанных факторов не является необходимым условием для квалификации деятельности в качестве профессиональной. Они все должны применяться в совокупности. При этом экспрессия одних факторов может компенсировать отсутствие яркой выраженности других.

Во-первых, степень систематичности извлечения дохода.

Направленность на систематическое извлечение дохода предполагает профессиональный характер такой деятельности, осуществление ее в качестве промысла. При этом направленность как внутренняя субъективная характеристика может и должна определяться на основании внешних объективных проявлений. Безусловно, о такой направленности может свидетельствовать, например, государственная

регистрация гражданина в качестве предпринимателя. Но доказательствами направленности на систематическое получение прибыли могут, в частности, выступать размещение рекламных объявлений, выставление образцов товаров в местах продажи, закупка товаров и материалов, заключение договоров аренды помещений (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 24 октября 2006 г. № 18). Подтверждением предпринимательской направленности могут быть и любые иные действия и приготовления лица, которыми оно позиционирует себя как предпринимателя.

В отечественной литературе и правоприменительной практике нередко происходит вульгаризация, при которой направленность на систематическое получение прибыли отождествляется с систематичностью самих действий (сделок) лица. В связи с этим распространено мнение, что разовая сделка свидетельствует об отсутствии критерия систематичности, что исключает квалификацию такой сделки как предпринимательской деятельности.

Это утверждение, на наш взгляд, ошибочно. Хотя понятие «деятельность» уже само предполагает множественность и системность совершаемых действий, ключевым признаком предпринимательской деятельности является ее направленность (т.е. выраженное вовне намерение лица осуществлять такую деятельность в качестве промысла), а не количество совершенных данным лицом сделок. Представим, что гражданин изготовил партию бижутерии из металла, снял помещение под магазин, разместил рекламу, но совершил только одну сделку по продаже товара, так как его продукция популярностью не пользовалась. Неужели в рамках этой сделки мы должны исключить квалификацию такого гражданина как предпринимателя по причине количества совершенных сделок (и не распространять на единственную совершенную сделку положения Закона о защите прав потребителей)? А если на следующий день такому гражданину удастся продать второй товар, мы, обнаружив систематичность, должны будем перекалificarовать первую сделку? Риторический характер поставленных вопросов демонстрирует неуместность использования для определения предпринимательской деятельности критерия только систематичности действий (сделок). Ключевое значение имеет именно *направленность* на систематическое извлечение прибыли.

Во-вторых, характер дохода — активный (в результате осуществления некоторой ежедневной (постоянной) деятельности) или пассивный (рента в широком смысле слова, т.е. не зависящий от ежедневной деятельности доход от предоставления своего имущества в пользование или от размещения капитала).

Если доход обусловлен активной деятельностью минимально, а по большей части является отдачей на осуществленные раз инвестиции и долгосрочным получением пассивного дохода на имущество или капитал — это не гарантия того, что деятельность не предпринимательская, но аргумент против коммерческого характера деятельности. И наоборот.

В-третьих, реклама и иные формы позиционирования себя во вне в качестве профессионала в соответствующей области. Следует учитывать, что не всякая реклама или иные подобные сообщения могут расцениваться как подтверждение предпринимательского характера деятельности. Например, адресованное конкретному лицу (например, направленное по почте, электронной почте, с помощью СМС) сообщение с предложением сотрудничества, даже содержащее перечисление всех профессиональных качеств и достоинств его отправителя, очевидно, не может восприниматься в качестве подобного позиционирования. Равным образом объявление о сдаче квартиры или сообщение в социальной сети о готовности прочитать лекцию за плату не должны рассматриваться в качестве формы такого позиционирования, если содержание данного объявления свидетельствует о разовом характере соответствующей деятельности. Но даже если речь идет о рекламе и иных действиях, демонстрирующих обращенное к неопределенному кругу лиц намерение осуществлять соответствующую деятельность на постоянной основе (например, администрирование собственного сайта или страницы в социальных сетях, содержащих подобную информацию), это не является стопроцентным показателем предпринимательского характера деятельности, но выступает одним из доводов в пользу подобного признания. Напротив, отсутствие такого позиционирования само по себе не свидетельствует о том, что деятельность носит непредпринимательский характер, но может использоваться в качестве одного из подтверждений этого.

В-четвертых, масштабы извлекаемой прибыли в соотношении с иными доходами гражданина. Если доход от деятельности носит характер побочного приработка, то это служит аргументом против предпринимательского характера деятельности. Напротив, если это основной доход, мы имеем аргумент в пользу такого признания.

В-пятых, использование наемного персонала. Привлечение помощников, администратора, секретаря и других наемных работников для осуществления приносящей доход деятельности является одним из подтверждений предпринимательской направленности деятельности гражданина.

В-шестых, основная мотивация деятельности. Если деятельность носит сугубо творческий или научный характер, а извлечение дохода не является основным мотивом занятия такой деятельностью, это аргумент в пользу того, что деятельность не направлена на систематическое извлечение прибыли.

В-седьмых, степень алеаторности такой деятельности. Если извлечение дохода не поддается расчету и является следствием стечения обстоятельств и игры случая, вряд ли можно говорить о том, что это целенаправленная предпринимательская деятельность.

В-восьмых, степень самостоятельности деятельности. Чем более ярко выражены эти факторы, тем больше оснований говорить о предпринимательстве, и наоборот.

Может быть выделен и целый ряд иных факторов.

При этом при оценке этих факторов и поиске разумного решения следует держать в уме также адекватность применимости всего комплекса норм, специфических для предпринимательской деятельности (в частности, уместность требования регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, применения более жесткого стандарта гражданской ответственности, допущения большей свободы договора по сравнению с договорами с участием обычных граждан и др.). Если здравый смысл и соображения политики права восстают против применения таких норм к данному виду деятельности, это сильный маркер того, что здесь не вполне логично квалифицировать спорную деятельность в качестве предпринимательской.

Как мы далее покажем на примерах, применение этих или любых иных критериев хотя и помогает решить ряд вопросов дифференциальной квалификации, но тем не менее не устраняет полностью неопределенность. С учетом того, что ведение предпринимательской деятельности без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя влечет уголовную ответственность, а также серьезные налоговые риски, логично, видимо, исходить из того, что эти публично-правовые последствия квалификации деятельности в качестве предпринимательской должны наступать только в самых очевидных случаях. Любые сомнения должны толковаться в пользу непредпринимательского характера деятельности.

*(г) Применение факторов предпринимательства на практике*

Далее применим эти критерии к вышеописанным типичным примерам получения гражданами доходов.

Пример № 1 – сдача собственником своей квартиры или нескольких квартир (иного имущества) в долгосрочный наем (аренду).

В большинстве случаев данный доход вряд ли может свидетельствовать о предпринимательской деятельности. Хотя налицо систематичность извлечения дохода, однако этот доход носит пассивный характер. Объявления о сдаче имущества, даже если таковые имеются, в подавляющем большинстве случаев не позиционируют собственника как профессионала, осуществляющего некий промысел. Масштаб деятельности зачастую невелик и ограничивается незначительным числом объектов. Доход от сдачи имущества в большинстве случаев не является основным. Наемный персонал для организации данной деятельности, как правило, не используется.

Однако если гражданин начинает заниматься этим делом в качестве промысла, скупает квартиры (иное имущество) для целей их последующей передачи внаем (в аренду), использует специального агента для коммуникации с «клиентами», то возникают условия для квалификации данной деятельности в качестве предпринимательской.

Судебная практика в этом вопросе достаточно хаотична и не позволяет сделать однозначных выводов. Ранее суды в большинстве своем полагали, что «сдача имущества внаем выступает одним из способов реализации законного права гражданина на распоряжение принадлежащим ему на праве собственности имуществом и не является предпринимательской деятельностью» (см., например, Постановление ВС РФ от 10 января 2012 г. № 51-АД11-7).

В п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 для решения поставленного вопроса использованы критерии цели и оснований приобретения имущества: «В тех случаях, когда не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя лицо приобрело для личных нужд жилое помещение или иное недвижимое имущество либо получило его по наследству или по договору дарения, но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого имущества временно сдало его в аренду или внаем и в результате такой гражданско-правовой сделки получило доход (в том числе в крупном или особо крупном размере), содеянное им не влечет уголовной ответственности за незаконное предпринимательство». Критерий цели приобретения имущества (определяемый через количественные характеристики этого имущества) использован и в Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 октября 2013 г. № 6778/13.

В настоящее время суды иногда ограничиваются только объективным критерием — назначением соответствующего имущества — и признают в качестве предпринимательской деятельности сдачу в аренду нежилой недвижимости (см., например: определения КАД ВС РФ от 8 апреля 2015 г. № 59-КГ15-2, от 20 июля 2018 г. № 16-КГ18-17,



от 18 января 2019 г. № 78-КГ18-66; Кассационное определение КАД ВС РФ от 10 апреля 2019 г. № 51-КА19-1). Такой подход представляется не вполне корректным. Если, например, человек по наследству получил нежилое помещение, машино-место, некое строение (например, сарай или гараж) либо земельный участок и сдал это имущество в долгосрочную аренду, говорить о предпринимательстве вряд ли логично.

Иногда в качестве дополнительных факторов в судебных решениях фигурируют критерии «цели и основания приобретения» (см., например, определения КАД ВС РФ от 20 июля 2018 г. № 16-КГ18-17, от 18 января 2019 г. № 78-КГ18-66). В отдельных случаях в подтверждение собственных выводов суд ссылается также на «систематически на свой риск организованные действия по использованию имущества, направленные на извлечение прибыли» (см., например: Определение КАД ВС РФ от 18 января 2019 г. № 78-КГ18-66; Кассационное определение КАД ВС РФ от 10 апреля 2019 г. № 51-КА19-1). Однако эта категория, как правило, не получает в актах ВС РФ какой-либо расшифровки и наполнения, поэтому судить об успешности применения данного критерия достаточно сложно.

В общем и целом судебная практика по данному вопросу достаточно неустойчива, что формирует серьезные публично-правовые риски для граждан. Как представляется, если придерживаться вышеописанного подхода, сдача внаем или в аренду единственного объекта недвижимости никогда не должна свидетельствовать о предпринимательстве. О коммерческом характере доходов может свидетельствовать лишь то, что лицо осуществляет значительные инвестиции в приобретение множества объектов недвижимости в целях сдачи их в возмездное пользование, и для него эта деятельность превращается в промысел.

То же можно сказать и о сдаче в аренду автомобиля. Сдача своего старого автомобиля в аренду со всей очевидностью о предпринимательстве не говорит, но если человек скупает легковые автомобили, а затем под фиксированное или привязанное к полученным доходам вознаграждение сдает их в аренду множеству водителей, которые затем оказывают услуги такси пассажирам, речь однозначно идет о бизнесе.

Пример № 2 – продажа собственником своей квартиры или нескольких квартир (иного имущества).

В большинстве случаев получение такого дохода не будет свидетельствовать о предпринимательской деятельности. Если гражданин решил распродать несколько принадлежащих ему объектов недвижимости, ни о каком предпринимательстве говорить не приходится. Но если он начинает заниматься систематической деятельностью по приобретению и продаже объектов недвижимости (например, приобретению

квартир на ранних стадиях строительства, а продаже — после введения в эксплуатацию), это уже становится похожим на промысел. Все сказанное выше в примере № 1 релевантно и для рассматриваемой ситуации.

Это подтверждает и актуальная судебная практика. Так, критерий «цели приобретения имущества» был использован в Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 октября 2013 г. № 6778/13, в котором исходя из количества приобретенных гражданином объектов недвижимости, непродолжительности их нахождения в его собственности Президиум ВАС РФ сделал вывод о предпринимательском характере соответствующей деятельности.

Пример № 3 — предоставление процентного займа (нескольких займов) знакомым.

Предоставление процентных займов знакомым и друзьям не будет свидетельствовать о предпринимательской деятельности. Несколько займов могут создать видимость систематичности, но контекст предоставления может показывать, что это скорее случайность, а не признак занятия ростовщичеством в качестве промысла. Доход носит пассивный характер. Рекламы и позиционирования себя в отношении с неограниченным кругом третьих лиц в качестве некоего профессионала нет. Как правило, масштаб дохода незначителен и не составляет основной заработок займодавца. Наемный персонал не используется. Нельзя отнести к предпринимательству и разовое предоставление процентного займа незнакомому человеку.

Но если мы имеем дело с тайным ростовщиком, для которого предоставление займов за процент незнакомым лицам превращается в основной вид деятельности, промысел, есть все условия для квалификации такой деятельности в качестве предпринимательской.

Пример № 4 — внесение денег во вклады в банки под процент.

Извлечение процентного дохода в результате размещения средств в банковские вклады предпринимательской деятельностью не является. Систематичность может быть налицо: человек может размещать свой, — возможно, значительный — капитал в различных банках, управлять этими активами, отзывать и перемещать вклады, выбирать наилучшие условия. Но доход пассивный. Доходы по вкладам могут быть как значительными в соотношении с иными доходами, так и исчерпывать все доходы человека (рантье), но и в последнем случае вряд ли можно узреть предпринимательство. Наемный персонал не используется. Никакой рекламы со стороны вкладчика нет, но самое главное, что он не позиционирует себя в отношениях с банком в качестве профессионала — все ровно наоборот. И хотя размещение вкладов

мало чем по сути отличается от предоставления процентных займов с единственным отличием в виде характера заемщика, с учетом яркой выраженности здесь «антипредпринимательских» факторов даже в ситуации, когда мы имеем рантье, у которого десятки вкладов в разных банках на миллиарды рублей, речь не идет о предпринимательской деятельности.

Того же подхода придерживается и судебная практика. Так, согласно правовой позиции КС РФ, размещение гражданином банковского вклада в целях получения дохода представляет собой не запрещенную законом экономическую деятельность, не являющуюся предпринимательской (Постановление КС РФ от 3 июля 2001 г. № 10-П).

Пример № 5 – игра на тотализаторе, участие в лотереях, в казино.

Вряд ли здесь можно говорить о предпринимательстве. В ряде случаев речь может идти о систематическом доходе, но степень риска достигает такой величины, что деятельность становится игровой, а не коммерческим промыслом. Естественно, речь не идет о деятельности по организации тотализаторов, лотерей и казино.

Пример № 6 – инвестирование гражданином свободных средств в личное страхование на дожитие, в частные пенсионные фонды с целью получения пенсионных выплат по достижении определенного возраста; в ПИФы, в управление биржевым брокером.

О предпринимательской деятельности здесь вряд ли можно говорить. Все приведенные случаи во многом схожи с разобранным выше примером № 4. Пассивный характер дохода, его незначительный в большинстве случаев масштаб, неиспользование наемного персонала и принципиальная невозможность позиционирования себя в отношениях с контрагентом в качестве профессионала, на наш взгляд, исключают возможность признания этой деятельности в качестве предпринимательской.

Пример № 7 – самостоятельное инвестирование гражданином своих свободных средств в ценные бумаги или иные биржевые активы в целях сохранения и приумножения капитала.

Как представляется, такая деятельность не является предпринимательской, равно как и размещение свободных средств во вклады. Это абсолютно очевидно, если поведение инвестора носит пассивный характер, а вовлечение инвестора в совершение сделок носит спорадический характер.

Более спорный вопрос возникает с активными инвесторами (особенно признаваемыми согласно ст. 51.2 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» квалифицированными), которые следят за состоянием своих инвестиций через

соответствующие приложения, регулярно продают и покупают ценные бумаги в зависимости от изменений биржевых котировок, если для них игра на бирже представляет собой источник основного заработка, по сути спекулятивный промысел.

Вопрос о том, целесообразно ли активных частных инвесторов (и квалифицированных инвесторов, в частности) относить к предпринимателям, заставлять их регистрироваться в качестве таковых и привлекать к уголовной ответственности при отсутствии такой регистрации, может быть достаточно спорным. В развитых странах практически любой более или менее состоятельный человек размещает свои свободные средства на рынках капитала, и банковские вклады здесь конкурируют с инвестициями в ценные бумаги. Назвать всех граждан, имеющих такие вложения, предпринимателями нелепо, а критерий активности или пассивности вовлечения в проведение операций крайне неопределенный.

Пример № 8 — чтение лекций на различных курсах, преподавательская деятельность и иные выступления на публичных мероприятиях.

Если подобная деятельность осуществляется «от раза к разу» и не носит систематического характера, в качестве предпринимательской ее однозначно признать нельзя. Доход от такой деятельности не является для гражданина основным, а наемный персонал не используется.

Если речь идет о преподавательской деятельности по гражданско-правовому договору с образовательным учреждением, также вряд ли можно говорить о предпринимательстве. Например, нелепо предполагать, что ученый, который читает лекции в вузе как приглашенный лектор на основании гражданско-правового договора, является коммерсантом. Тут налицо ярко выраженный признак творческого характера деятельности и презумпция некоммерческой мотивации, а также низкий уровень риска и самостоятельности.

Но ситуация выглядит несколько иначе, если гражданин начинает заниматься подобной деятельностью не как приглашенный лектор, а в качестве промысла, сам организывает соответствующие курсы, снимает конференц-залы, собирает и обрабатывает заявки, позиционирует себя в рекламе и иных источниках, адресованных неопределенному кругу лиц, как профессионального выступающего (например, профессионального «бизнес-коуча», ведущего свадеб или иных подобных мероприятий), нанимает агента для взаимодействия с потенциальными клиентами. Такая деятельность может быть признана предпринимательской.

Пример № 9 — съемки в теле- или кинофильмах, написание и публикация книг, создание и продажа произведений искусства, кон-

цертная деятельность, иная творческая деятельность в обмен на вознаграждение.

Как представляется, концептуально неправильно творческую деятельность относить к предпринимательству. Считать писателей — от Льва Толстого до Василия Аксенова, художников и скульпторов — от Карла Брюллова до Эрнста Неизвестного, актеров и поэтов и т.п. бизнесменами вряд ли возможно и правильно. Творческая деятельность является антиподом предпринимательства, так как мотивирована другими соображениями. Да, на практике граница между мотивом извлечения дохода и мотивом реализации своей творческой воли может быть очень зыбкой, но, как представляется, здесь логично придерживаться презумпции того, что речь не идет о направленности деятельности на извлечение прибыли.

Пример № 10 — изобретательство и извлечение дохода в результате продажи патента или предоставления лицензии.

Все, что было выше написано в отношении творческой деятельности, логично распространять и на творческую деятельность в области изобретательства.

Пример № 11 — работа по контракту в качестве няни, домработницы, личного шофера, репетитора.

Современное отечественное законодательство прямо объявляет деятельность указанных лиц (так называемых самозанятых) предпринимательской, хотя и допускает ее осуществление без государственной регистрации в подобном качестве. Такое решение небесспорно с точки зрения рассматриваемых критериев. Как представляется, следует ограничительно воспринимать «предпринимательский» статус данных лиц и не применять его для целей частноправового регулирования. В частности, к таким самозанятым в рамках их отношений с заказчиками не должны применяться правила п. 3 ст. 401 ГК РФ о строгой ответственности, положения Закона о защите прав потребителей, устанавливающие специфические формы ответственности (законные неустойки, 50%-й штраф, компенсацию морального вреда).

Пример № 12 — деятельность адвокатов или частных нотариусов.

Как указывалось выше, данные виды деятельности не являются деятельностью предпринимательской по прямому указанию закона. Такое политико-правовое решение небесспорно. Это особенно ярко проявляется в регулировании частноправовых отношений с указанными лицами. Так, непредпринимательский характер деятельности адвоката исключает возможность применения к договорам, заключаемым им с гражданином, Закона о защите прав потребителей (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17). Подобный

подход необоснованно лишает повышенных гарантий гражданина-потребителя как слабой стороны в отношениях с профессионалом как стороной более сильной. Кроме того, этот подход создает неоправданную дифференциацию правовых режимов договоров на оказание одинаковых по сути юридических услуг, заключаемых гражданином-потребителем с адвокатом, с одной стороны, и совершенно идентичных договоров, заключаемых таким гражданином с профессиональным юристом, не имеющим адвокатского статуса, – с другой.

Представляется, что как минимум для целей частноправового регулирования целесообразнее было бы рассматривать деятельность адвокатов и нотариусов как предпринимательскую.

Пример № 13 – осуществление на возмездной основе функции арбитра в постоянно действующих арбитражных учреждениях или арбитра *ad hoc* при разрешении конкретного спора.

Данная деятельность прямо объявлена законодателем непредпринимательской (см. выше подп. «б» п. 1.8 комментария к настоящей статье). С учетом используемых нами критериев квалификации это кажется уместным, даже если арбитражное является основным заработком человека (а это отнюдь не редкость).

Пример № 14 – участие в хозяйственных обществах.

Согласно правовой позиции КС РФ, участие физических лиц в хозяйственных обществах не может квалифицироваться в качестве предпринимательской деятельности (см. постановления КС РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П, от 27 декабря 2012 г. № 34-П). На основании этой позиции формально может быть сделан вывод о том, что сделки, направленные на передачу или реализацию корпоративных прав, – договоры купли-продажи, мены, залога, доверительного управления акциями и долями участия в ООО, а также корпоративные договоры – не рассматриваются в качестве сделок, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Соответственно, при формальном подходе на такие договоры не распространяется специальное регулирование, установленное для предпринимательских отношений.

Подобный формальный подход представляется нам достаточно сомнительным, особенно в вопросах частноправового регулирования. Во-первых, сами выводы КС РФ были направлены на решение частных вопросов (связанных с допустимостью осуществления данной деятельности государственными (муниципальными) служащими) либо сделаны КС РФ *obiter dictum* и не содержат никакого подробного правового анализа и (или) аргументации. Кроме того, указанные выводы совершенно не препятствуют КС РФ рассматривать создание коммерческой

организации в качестве «формы коллективного предпринимательства» (см., например: постановления КС РФ от 10 апреля 2003 г. № 5-П, от 15 марта 2005 г. № 3-П, от 25 мая 2010 г. № 11-П, от 23 апреля 2012 г. № 10-П, от 30 января 2013 г. № 2-П; Определение КС РФ от 15 января 2008 г. № 243-О-О). Тем самым КС РФ косвенно признает, что учредители (участники) коммерческой организации осуществляют предпринимательскую деятельность. Во-вторых, деятельность учредителей (участников) хозяйственных обществ соответствует всем признакам предпринимательской деятельности. Единственной особенностью такой деятельности является то, что указанные лица осуществляют ее опосредованно — через создание коммерческой организации. Однако подобное опосредованное осуществление бизнеса не противоречит существу предпринимательской деятельности. Собственник корпоративного бизнеса — в современном мире предприниматель *par excellence*. В связи с этим как минимум есть все основания распространять на сделки, направленные на передачу или реализацию прав участника хозяйственного общества, режим предпринимательских сделок.

Шаги к реализации такого решения обнаруживаются в действующем законодательстве. Так, п. 4 ст. 431.2 ГК РФ устанавливает одинаковый (строгий) формат ответственности за предоставление недостоверных заверений для предпринимателя, а также для случаев, когда заверение дается любым гражданином в связи с заключаемым им корпоративным договором либо договором об отчуждении акций или долей в ООО. Пункты 1 и 5 ст. 406.1 ГК РФ допускают возможность согласования условий о возмещении потерь в договоре, связанном с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, а также в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в ООО независимо от статуса стороны, обещавшей возмещение потерь.

Тенденции к распространению на договоры, направленные на реализацию корпоративных прав, режима, установленного для предпринимательских сделок, демонстрирует и правоприменительная практика. Так, ВС РФ прямо указал на применение к корпоративным договорам независимо от статуса контрагентов правил п. 2 ст. 310 ГК РФ, предусматривающих договорное согласование случаев допустимого одностороннего отказа от сугубо коммерческого договора (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Эти тенденции заслуживают поддержки и должны быть продолжены правоприменительной практикой. Например, очевидно, что стороны таких договоров, даже если ими являются граждане, не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, должны отвечать за их

нарушение независимо от вины как обычные коммерсанты (по правилам п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Но следует идти дальше и в принципе такие сугубо коммерческие по своей сути договоры, как договоры, направленные на отчуждение акций или долей в ООО, или корпоративные договоры, относить к категории предпринимательских без оглядки на формальный статус контрагента.

Но сказанное касается только режима гражданско-правовых сделок. Признание за указанной деятельностью всех публично-правовых последствий ее квалификации как предпринимательской (регистрации, налогового режима) является, на наш взгляд, излишним.

Пример № 15 – осуществление на возмездной основе полномочий и обязанностей членов совета директоров АО.

На такую деятельность в силу ст. 11 ТК РФ по общему правилу не распространяются нормы трудового законодательства. Как правило, отношения между обществом и членом совета директоров регулируются гражданско-правовым договором об оказании услуг. Тем не менее восприятие такой деятельности в качестве предпринимательской вряд ли оправданно. Хотя в данном случае наличествует систематичность, а доход от нее может быть значительным и выступать в качестве основного источника существования, масштаб этой деятельности, неиспользование наемного персонала и позиционирование себя вовне в качестве свободного профессионала свидетельствуют, скорее, о непредпринимательском характере такой деятельности.

*(д) Регистрация в качестве предпринимателя*

В прежней редакции комментируемой статьи, действовавшей до 6 августа 2017 г., в качестве признака предпринимательской деятельности фигурировало ее «осуществление лицами, зарегистрированными в данном качестве в установленном законом порядке». Данная редакция входила в противоречие, в частности, с предписаниями п. 4 ст. 23 ГК РФ, согласно которым гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность с нарушением требований о государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, не вправе ссылаться в отношении совершенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Согласно правовой позиции КС РФ, отсутствие государственной регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя само по себе не означает, что деятельность гражданина не может быть квалифицирована в качестве предпринимательской, если по своей сути она фактически является таковой (Постановление КС РФ от 27 декабря 2012 г. № 34-П; см.



также Кассационное определение КАД ВС РФ от 10 апреля 2019 г. № 51-КА19-1).

Подобный подход заслуживает поддержки. Регистрация является не признаком предпринимательской деятельности, а публично-правовой обязанностью лиц, собирающихся ее осуществлять. При отсутствии же регистрации деятельность не перестает быть предпринимательской, однако становится незаконной и может влечь применение мер публично-правовой ответственности — административной (п. 1 ст. 14.1 КоАП РФ) или уголовной (ст. 171 УК РФ).

Актуальная редакция комментируемой нормы устраняет отмеченный выше недостаток, формулируя требование о регистрации предпринимателей в подобном качестве именно как их обязанность («должны быть зарегистрированы»).

Порядок регистрации граждан и организаций в качестве либо индивидуального предпринимателя или крестьянского (фермерского) хозяйства (не являющегося юридическим лицом), либо юридического лица установлен Законом о регистрации юридических лиц.

В качестве исключения из общего правила комментируемая норма допускает возможность законного осуществления предпринимательской деятельности гражданином без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя. Хотя в комментируемой статье указывается на установление таких исключений в самом Кодексе, абзац второй п. 1 ст. 23 ГК РФ фактически переводит допустимость формулирования таких изъятий на уровень иного закона. В настоящее время законодательство предусматривает возможность осуществления без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя предпринимательской деятельности физических лиц по присмотру и уходу за детьми, больными лицами, лицами, достигшими возраста 80 лет, а также иными лицами, нуждающимися в постоянном постороннем уходе по заключению медицинской организации; по репетиторству; по уборке жилых помещений, ведению домашнего хозяйства (ст. 2 Федерального закона от 27 декабря 2018 г. № 546-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации», п. 70 ст. 217 НК РФ).

Кроме того, согласно п. 70 ст. 217 НК РФ законом субъекта РФ могут быть установлены также иные виды услуг для личных, домашних и (или) иных подобных нужд, доходы от оказания которых освобождаются от обычного налогообложения. Наличие такого закона одновременно может означать и возникновение возможности осуществления предпринимательской деятельности без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Особое значение имеет Федеральный закон от 27 ноября 2018 г. № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима «Налог на профессиональный доход» в городе федерального значения Москве, в Московской и Калужской областях, а также в Республике Татарстан (Татарстан)», согласно ч. 1 и ч. 6 ст. 2 которого допускается в данных регионах по общему правилу осуществление при соблюдении некоторых условий любой предпринимательской деятельности (за рядом исключений) физическими лицами, не использующими наемный персонал, без государственной регистрации.

Таких граждан (нянь, репетиторов, пекарей тортов на заказ и т.п.), которые осуществляют предпринимательскую деятельность без привлечения наемного персонала, с использованием лишь своих личных способностей и труда, сейчас принято называть самозанятыми гражданами.

*(е) Специфика гражданско-правового регулирования отношений с участием предпринимателей*

Отказ от дуализма частноправовых кодификаций не только не исключает особой регламентации отношений между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием, но и предполагает таковую именно на уровне ГК РФ. Потребность в такой особой регламентации вызвана тем, что указанные лица не нуждаются в патерналистской опеке со стороны правопорядка. Профессиональный характер их деятельности предполагает предоставление большей степени договорной свободы в их отношениях между собой и, напротив, ограничение такой свободы в договорах с потребителями как более слабой стороной. Профессионализм предпринимателей предопределяет и уменьшение круга обстоятельств, являющихся извинительными в случае нарушения данных ими обещаний («купеческого слова»), а соответственно, возможность установления более жесткой ответственности за неисполнение ими своих обязательств.

Идея дифференцированного регулирования отношений с участием предпринимателей последовательно проводится в ГК РФ. Так, правила ГК РФ о сделках и договорах устанавливают особые правила в регламентации с участием предпринимателей (между ними): допустимости использования института безотзывной доверенности (п. 1 ст. 188.1 ГК РФ), оснований и последствий одностороннего отказа от договора (одностороннего изменения его условий) (п. 1, 3 ст. 310 ГК РФ), досрочного исполнения обязательств (ст. 315 ГК РФ), места исполнения (п. 1 ст. 316 ГК РФ), допустимости сложных регулятивных (п. 2 ст. 317.1 ГК РФ) и сложных охранительных (п. 5 ст. 395

ГК РФ) процентов, характера множественности (п. 2 ст. 322 ГК РФ), порядка и условий уменьшения неустойки (п. 1 ст. 333 ГК РФ), способов описания обязательств, обеспечиваемых залогом (п. 2 ст. 339 ГК РФ) или поручительством (п. 3 ст. 361 ГК РФ), порядка реализации предмета заложенного имущества (п. 2 ст. 350.1 ГК РФ), круга требований, обеспечиваемых удержанием вещи (п. 1 ст. 359 ГК РФ), ответственности cedenta за недействительность уступленного требования (п. 1 ст. 390 ГК РФ), допустимых моделей перевода долга (п. 1 ст. 391 ГК РФ), оснований договорной ответственности (п. 3 ст. 401 ГК РФ), использования института возмещения потерь (п. 1 ст. 406.1 ГК РФ), допустимости оспаривания договора (п. 2 ст. 431.1 ГК РФ), оснований ответственности за недостоверные заверения (п. 4 ст. 431.2 ГК РФ), порядка изменения или расторжения многостороннего договора (п. 1 ст. 450 ГК РФ), допустимости отказа от права по договору (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ)<sup>1</sup>.

Раздел IV ГК РФ устанавливает особенности регулирования для договорных конструкций, сторонами (одной из сторон) в которых выступают предприниматели: розничной купли-продажи (§ 2 гл. 30 ГК РФ), поставки (§ 3 гл. 30 ГК РФ), контрактации (§ 5 гл. 30), проката (§ 2 гл. 34 ГК РФ), бытового подряда (§ 2 гл. 37 ГК РФ), кредитного договора (§ 2 гл. 42). Спецификой по сравнению с общими правилами обладают совершаемые с участием предпринимателей договоры хранения (гл. 47 ГК РФ), доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК РФ) и простого товарищества (гл. 55 ГК РФ).

Устанавливая особое регулирование отношений между предпринимателями (с их участием), законодатель использует один из двух приемов юридической техники. В подавляющем большинстве случаев в качестве критерия применения специальных правил используется «осуществление предпринимательской деятельности». Реже таким критерием выступает статус субъекта – «коммерческая организация» (см., например, ст. 1027, п. 2 ст. 1041 ГК РФ). Последний вариант является неудачным. С учетом склонности судебной практики к буквальному восприятию соответствующей формулировки (см., например, п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 2000 г. № 56), использование такого критерия неоправданно ограничивает «предпринимательскую деятельность» некоммерческой организации либо создает необоснованное различие в регулировании между такой деятельностью некоммерческой организации и одно-

---

<sup>1</sup> Обоснованность установления таких специальных правил далеко не всегда очевидна и может вызывать вопросы.

типной по сути предпринимательской деятельностью коммерческих организаций.

Необходимо отметить, что выделение отношений с участием предпринимателей в отдельную группу и особое регулирование является достаточно грубой правовой настройкой. Ведь профессиональный характер (в значительной степени предопределяющий обоснованность установления специальных правил) может носить и деятельность, не направленная на систематическое получение прибыли. И вряд ли такая профессиональная деятельность должна регламентироваться по иным стандартам, нежели деятельность предпринимательская. В частности, по такому пути идут Модельные правила европейского частного права, устанавливающие особенности регулирования для отношений с участием такого субъекта, как *business*. При этом п. 2 ст. I.—1:105 определяет термин «*business*» как физическое или юридическое лицо, независимо от формы собственности последнего (публичная или частная), которое действует с целью, имеющей отношение к осуществляемой не по найму торговой, производственной или профессиональной деятельности, даже если лицо не намерено в ходе такой деятельности извлекать прибыль. Подобный подход мог бы быть воспринят и отечественным правопорядком.

## **2. Защита неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ посредством гражданского законодательства**

Согласно п. 2 комментируемой статьи неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ.

Неотчуждаемые права и свободы человека, которые предусмотрены Конституцией РФ и объекты которых в виде соответствующих нематериальных благ упомянуты в п. 1 ст. 150 ГК РФ, должны эффективно защищаться.

Согласно п. 1 ст. 150 ГК РФ к нематериальным благам, являющимся объектами соответствующих личных неимущественных прав и защищаемым в гражданском праве, относятся в том числе «[ж]изнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, неприкосновенность жилища, личная и семейная тайна, свобода передвижения, свобода выбора места пребывания и жительства, имя гражданина, авторство».

Согласно п. 2 ст. 150 ГК РФ нематериальные блага, в отношении которых право признает личное неимущественное право, защищаются

в соответствии с ГК РФ и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренными, а также в тех случаях и пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав, предусмотренных в ст. 12 ГК РФ, «вытекает из существа нарушенного нематериального блага или личного неимущественного права и характера последствий этого нарушения». Далее в этом пункте указано, что «[в] случаях, если того требуют интересы гражданина, принадлежащие ему нематериальные блага могут быть защищены, в частности, путем признания судом факта нарушения его личного неимущественного права, опубликования решения суда о допущенном нарушении, а также путем пресечения или запрещения действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения личного неимущественного права либо посягающих или создающих угрозу посягательства на нематериальное благо».

Впрочем, здесь следует иметь в виду, что неотъемлемое конституционное право не всегда носит гражданско-правовой характер и является объектом некоего гражданского неимущественного права. Это касается тех конституционных прав, которые определяют правовое положение гражданина в его отношениях с публичной властью (например, активное и пассивное избирательное право). Такое право трудно назвать личным неимущественным правом, регулируемым гражданским законодательством. Если нарушается такое конституционное право, пострадавшее лицо может в ряде случаев обратиться к инструментам уголовного или иного публичного права в целях наказания виновных, пресечения правонарушения или восстановления попранного права, но эти инструменты далеко не всегда позволяют эффективно защитить нарушенное конституционное право и устранить негативные последствия для потерпевшего. И здесь возникает вопрос: не могут ли в таком случае на помощь приходиться нормы гражданского законодательства о средствах защиты права? Ведь по букве комментируемого пункта эти способы защиты могут использоваться для защиты любых неотъемлемых прав и свобод. Из нормы очевидно не следует, что речь идет только о гражданско-правовых неимущественных правах в отношении нематериальных благ. Можно помыслить себе такое толкование, при котором согласно данной норме с помощью развитого гражданско-правового инструментария могут защищаться и те неотъемлемые конституционные права и свободы, которые к гражданскому праву отношения не имеют.

Применимыми, в частности, могут оказаться положения ст. 12 ГК РФ о таких способах защиты, как взыскание убытков, морального вреда, пресечение неправомерных действий, восстановление состояния, имевшего место до нарушения, и др. Они могут представлять

собой субсидиарный инструментарий защиты конституционных прав и свобод, которым не корреспондирует аналогичное субъективное гражданское право. При таком прочтении комментируемая норма действительно приобретает важное практическое значение. Если бы не она, применение гражданско-правового инструментария к защите конституционных прав, которым не корреспондируют соответствующие гражданские имущественные и неимущественные права, было бы невозможно.

Например, если гражданин РФ был незаконно лишен возможности реализовать свое активное избирательное право согласно ч. 2 ст. 32 Конституции РФ (например, он по ошибке был не включен в список избирателей), у него есть возможность потребовать возмещения морального вреда. Согласно Постановлению КС РФ от 8 июня 2015 г. № 14-П компенсация морального вреда как самостоятельный способ защиты гражданских прав есть мера гражданско-правовой ответственности, правовая природа которой является единой независимо от того, в какой сфере отношений – публично-правовой или частно-правовой – причиняется такой вред. Здесь нарушено не субъективное гражданское право, а конституционное право, представляющее собой нематериальное благо, но положение комментируемого пункта позволяет в целях защиты такого конституционного права использовать гражданско-правовой инструментарий. То же касается и случаев незаконного снятия с выборов кандидатов, имеющих все основания реализовать свое пассивное избирательное право. Более того, в последнем случае есть основания и для возмещения убытков согласно ст. 15 ГК РФ (например, расходов, потраченных на подготовку избирательной кампании и ее проведение).

Если той или иной организации граждан было в последний момент незаконно запрещено проводить мирное собрание или митинг, они могут обжаловать такие действия местных властей согласно положениям КАС РФ, и этот вопрос относится к области публичного права, но причиненные убытки подлежат возмещению согласно нормам ГК РФ, поскольку такой запрет нарушает конституционное право на свободу собраний (ст. 31 Конституции РФ). Впрочем, ст. 16 ГК РФ устанавливает генеральную обязанность публичных образований возместить убытки лицу, пострадавшему в результате незаконных действий или бездействия государственных органов, органов местного самоуправления, их должностных лиц, а также иных лиц, которым государством делегированы властные полномочия. В норме не указано на то, что эти убытки должны быть связаны с нарушением какого-либо гражданского права, так как по сути норма ст. 16 ГК РФ закрепляет пример

допускаемого законом взыскания чистых экономических убытков (см. подробнее комментарий к ст. 16 ГК РФ).

### **3. Неприменение норм гражданского законодательства к отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении**

Согласно комментируемому пункту к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой (в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям), гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством.

Это положение имеет важное значение как ключевой критерий, помогающий разделить публичное и частное право (см. подробнее комментарий к п. 1 настоящей статьи). Там, где регулируются отношения по осуществлению публичной власти и реализации государством или иными публичными образованиями своей компетенции в области законотворчества или иного правотворчества, реализации функций исполнительной власти и отправления правосудия, речь идет о публичном, а не о частном праве. Соответственно, нет оснований для применения норм ГК РФ и других законов, регулирующих гражданско-правовые отношения, т.е. «горизонтальные» социальные отношения между юридически равными, а не подчиненными друг другу индивидами. Поэтому, согласно позиции ВАС РФ, споры, связанные с неисполнением (ненадлежащим исполнением) муниципальным образованием обязанностей, предусмотренных публичным законодательством, хотя бы такие обязанности и были упомянуты в соглашениях, заключенных публичным образованием с частными лицами, не имеют частноправовой природы, а вытекают из публично-правовых отношений (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 февраля 2013 г. № 12444/12). Если речь не идет о выпадении отношений в сферу частного права за счет причинения вреда и возникновения необходимости его возмещения, то отношения остаются в области публичного права.

Гражданское законодательство и его базовые принципы напрямую не применяются в области процессуальных отношений в рамках судопроизводства, налогового контроля и уплаты налогов, таможенного оформления и уплаты таможенных платежей, уголовного правосудия, лицензирования, привлечения к административной ответственности и т.п. Обратное может быть прямо предусмотрено в положениях публично-правового закона. Например, в НК РФ имеется целый ряд норм, прямо отсылающих к применению норм гражданского законодательства по тем или иным вопросам (например, п. 3 ст. 25.3, п. 2 ст. 27, п. 3 ст. 29, п. 3 ст. 73, п. 2 ст. 74 НК РФ и др.). В то же время

в ряде случаев не исключено применение норм гражданского законодательства к публично-правовым отношениям в режиме межотраслевой аналогии закона.

При этом следует помнить, что гражданское право отступает и уступает место публичному праву только в контексте тех отношений, в которых публичная власть взаимодействует с частными лицами на началах субординации в пределах своей компетенции и в рамках закона. Как только публичная власть выходит за эти рамки, могут возникнуть гражданско-правовые отношения. Например, если государственный орган незаконно отозвал лицензию у коммерческой компании, он вышел за рамки публичного закона, и его поведение будет рассматриваться уже через призму гражданского права как деликт и влечь гражданско-правовую ответственность по правилам ст. 15 и 16 ГК РФ. Далее мы разберем еще несколько подобных примеров.

### ***3.1. За рамками публичного права: возврат средств, уплаченных в бюджет без достаточных публично-правовых оснований***

На практике возник вопрос в контексте ситуаций, когда происходят необоснованное списание административного штрафа или переплата тех или иных публичных платежей. Если для соответствующего платежа не было публично-правовых оснований, он должен быть возвращен. Публичное законодательство может прямо регулировать данную область отношений по возврату необоснованно уплаченного или взысканного (например, ст. 78 НК РФ в отношении излишне уплаченного налога). Но что, если таких специальных норм нет?

Как представляется, независимо от того, есть ли такие нормы в законе, сами эти отношения по возврату денег, которые без достаточных публично-правовых оснований были перечислены частным лицом публичному образованию добровольно или принудительно, носят гражданско-правовой характер, а нормы, их регулирующие, являются гражданско-правовыми, независимо от того, в каком законе они находятся. Соответственно, в ситуации законодательного пробела в положениях соответствующего публичного закона должны применяться общие нормы ГК РФ о неосновательном обогащении; при наличии специальных правил последние имеют приоритет, но общие положения ГК РФ о неосновательном обогащении должны применяться субсидиарно в части, не противоречащей специальным правилам. Некоторые судебные акты наводят на мысль, что речь должна идти о деликтном притязании (Определение СКЭС ВС РФ от 19 ноября 2015 г. по делу № 305-ЭС15-8490), но все же, как представляется, корректнее рассматривать такой иск о возврате необоснованно взысканных публично-правовых платежей как кондикционный. Убытками



можно считать какие-то дополнительные потери, которые возникли у лица в связи с неправомерным взысканием штрафа. Вопрос о том, какой гражданский иск здесь уместнее заявлять — деликтный или кондикционный — носит спорный характер, но нет сомнений в том, что он гражданско-правовой. Однозначно кондикционный (а значит, и гражданско-правовой) иск заявляется в ситуации, когда штраф или иной публично-правовой платеж был уплачен гражданином по ошибке (уплачено больше, чем от лица требовало публичное законодательство).

Занятно, что, согласно позиции КС РФ, та же субсидиарность норм ГК РФ о неосновательном обогащении может восполнять пробелы в публичном праве в прямо противоположных ситуациях, когда некое частное лицо в результате ошибки публичного органа при отправлении своих публичных функций неосновательно получило какую-то выгоду за счет бюджета (Постановление КС РФ от 24 марта 2017 г. № 9-П).

### ***3.2. За рамками публичного права: проценты на необоснованно взысканные административные штрафы и иные публичные платежи***

В случаях, когда излишние суммы были уплачены, взысканы или списаны со счета частного лица в доход бюджета без достаточных публично-правовых оснований, есть все условия для начисления на эти суммы процентов годовых по ст. 395 ГК РФ. Нормы НК РФ начисление процентов по ключевой ставке предусматривают (п. 10 ст. 78 НК РФ), но в тех областях публичного права, где такие нормы о процентах отсутствуют (например, соответствующей нормы нет в отношении случая возврата необоснованно взысканного административного штрафа), было бы логично применение правил именно ст. 395 ГК РФ. Удержание публичным образованием денег, на которое оно не имеет права в силу публичного права, выходит за рамки публично-правовых отношений. В случае если это списание было результатом неправомерных действий государственных или муниципальных органов, проценты должны были бы начисляться с момента списания; в остальных случаях (например, при ошибочной переплате суммы штрафа) — с момента, когда публичное образование в лице соответствующих органов и должностных лиц должно было осознать отсутствие оснований для удержания средств, как то и следует из правил п. 2 ст. 1107 ГК РФ.

В этом плане трудно согласиться с п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (ранее эта же мысль звучала в п. 2 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8), в котором со ссылкой на п. 3 ст. 2 ГК РФ было закреплено, что «[у]казанные в статье 395 ГК РФ проценты не начисляются на суммы экономических (финансовых) санкций, необоснованно взысканные с юридических

и физических лиц налоговыми, таможенными органами, органами ценообразования и другими государственными органами, и подлежащие возврату из соответствующего бюджета». По мнению ВС РФ, «[в] этих случаях гражданами и юридическими лицами на основании статей 15, 16 и 1069 ГК РФ могут быть предъявлены требования о возмещении убытков, вызванных в том числе необоснованным взиманием сумм экономических (финансовых) санкций, если законом не предусмотрено иное».

Данное разъяснение несправедливо. Доказать убытки, возникшие из-за того, что на твоем счете не было некоей суммы, в большинстве случаев крайне затруднительно. Как представляется, применение здесь норм о неосновательном обогащении и начисление процентов на такое обогащение было бы более справедливым.

К сожалению, пока суды придерживаются такого несправедливого и неконституционного решения. СКЭС ВС РФ по одному из дел направила в КС РФ запрос с просьбой прояснить конституционность начисления процентов на суммы необоснованно взысканных административных штрафов, но КС РФ уклонился от прямого ответа, указав на то, что ничто не мешает пострадавшему взыскивать убытки (Определение КС РФ от 9 февраля 2016 г. № 213-О). В итоге СКЭС ВС РФ в Определении от 25 апреля 2016 г. № 305-КГ15-3882 не решилась на признание возможным начисления процентов на сумму необоснованно взысканных административных штрафов, что просто удивительно и очень прискорбно. Странно, что СКЭС ВС РФ, проявляющая по ряду вопросов очень креативный подход к толкованию закона и восполнению пробелов в нем, не решилась без санкции КС РФ закрепить абсолютно очевидное решение о возможности начисления процентов.

Впрочем, проблема, порожаемая вышеуказанным разъяснением, может быть отчасти нивелирована. Для этого можно исходить из того, что проценты согласно ключевой ставке Банка России есть минимальный уровень абстрактно рассчитанных убытков. Именно такой подход был применен ВАС РФ в деле, в котором служба судебных приставов незаконно удерживала взысканные с должника денежные средства и не перечисляла их взыскателю: несмотря на публично-правовой характер отношений взыскателя и службы судебных приставов, ВАС РФ указал на то, что взыскатель вправе требовать от приставов уплаты процентов согласно ставке рефинансирования в качестве минимума убытков, связанных с неправомерным бездействием службы судебных приставов (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 октября 2011 г. № 5558/11).

### Дополнительная литература

*Агарков М.М.* Ценность частного права // *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. I. М.: ЮрИнфоР, 2002. С. 42–106.

*Белов В.А.* Основное разделение права // *Гражданское право : актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова.* 2-е изд. М.: Юрайт, 2015. С. 39–70.

*Брагинский М.И.* О месте гражданского права в системе «право публичное — право частное» // *Проблемы современного гражданского права: Сборник статей памяти С.Н. Братуся.* М.: Городец, 2000. С. 46–80.

*Гамбаров Ю.С.* [Гражданское право. Т. I. Часть общая.](#) СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 39–94.

*Кавелин К.Д.* Что есть гражданское право и где его пределы // *Кавелин К.Д.* Избранные произведения по гражданскому праву. М.: ЮрИнфоР, 2003. С. 65–175.

*Покровский И.А.* [Основные проблемы гражданского права.](#) 4-е изд., испр. М.: Статут, 2003. С. 41–53.

*Шершеневич Г.Ф.* [Курс гражданского права](#) // *Шершеневич Г.Ф.* Избранное: В 6 т. Т. 2 включая Курс гражданского права / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2017. С. 61–91.

*Черепанин Б.Б.* [К вопросу о частном и публичном праве](#) // *Черепанин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 93–121.

### Статья 3. Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права

**1.** В соответствии с Конституцией Российской Федерации гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации.

**2.** Гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов (далее — законы), регулирующих отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса.

Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу.

**2.1.** Внесение изменений в настоящий Кодекс, а также приостановление действия или признание утратившими силу положений настоящего Кодекса осуществляется отдельными законами. Положения, предусматривающие внесение изменений в настоящий Кодекс, приостановление

действия или признание утратившими силу положений настоящего Кодекса, не могут быть включены в тексты законов, изменяющих (приостанавливающих действие или признающих утратившими силу) другие законодательные акты Российской Федерации или содержащих самостоятельный предмет правового регулирования.

3. Отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, могут регулироваться также указами Президента Российской Федерации, которые не должны противоречить настоящему Кодексу и иным законам.

4. На основании и во исполнение настоящего Кодекса и иных законов, указов Президента Российской Федерации Правительство Российской Федерации вправе принимать постановления, содержащие нормы гражданского права.

5. В случае противоречия указа Президента Российской Федерации или постановления Правительства Российской Федерации настоящему Кодексу или иному закону применяется настоящий Кодекс или соответствующий закон.

6. Действие и применение норм гражданского права, содержащихся в указах Президента Российской Федерации и постановлениях Правительства Российской Федерации (далее – иные правовые акты), определяются правилами настоящей главы.

7. Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами.

### *Комментарий*

#### **(а) Гражданское законодательство как предмет ведения Российской Федерации**

Гражданское законодательство, будучи социальным феноменом, не возникает одномоментно, вдруг и сразу во всей полноте. Оно зарождается и развивается вместе с обществом. Следовательно, оно изначально локализовано территориально, возникая в рамках отдельных больших или меньших социальных групп. Отсюда возникает партикуляризм гражданского права. Отдельные государства, а в некоторых странах и регионы формируют собственное гражданское законодательство. Партикуляризм с неизбежностью влечет коллизии, когда взаимодействие субъектов, представляющих разные государства, порождает чрезвычайные сложности с выбором правового режима из числа нескольких. Из этого выросла целая отрасль гражданского права – коллизионное право и международное частное право. Для эко-

номических отношений желателен единый правовой режим, который привносит столь необходимую обществу правовую определенность, снижает общественные издержки, позволяет более эффективно развиваться торговле. Но на данном этапе обеспечить такую тотальную унификацию правил на уровне всего мира невозможно, да и не нужно, так как очень различны могут быть местные условия и вызовы. Так что вопрос в основном состоит в том, должно ли частное право быть единым на территории конкретной страны, или каждому региону страны доступна возможность самостоятельно регулировать частноправовые отношения. В зарубежных странах встречаются абсолютно разные решения. В развитых унитарных государствах частное право, как правило, едино по всей стране и устанавливается центральными органами власти, а вот с федеративными государствами все сложнее. В некоторых странах частное право передано в ведение отдельных регионов (например, США); в ряде других это область, в которой доминирует федеральное законодательство, но принятие гражданско-правовых норм регионами вовсе не блокируется, и, наконец, в некоторых — это сфера исключительной правотворческой компетенции федерации.

Для России, которая формально является федерацией, в настоящее время ответ на этот вопрос хорошо известен: гражданское законодательство едино на всей территории государства. Юридическим средством достижения унитарности системы гражданского права является конституционное положение, согласно которому гражданское законодательство находится в исключительном ведении Российской Федерации. Пункт 1 комментируемой статьи прямо указывает на это и транслирует в текст Кодекса соответствующий фрагмент п. «о» ст. 71 Конституции РФ.

Никакие другие публично-правовые образования (субъекты Российской Федерации, муниципальные образования и их органы, а также должностные лица) при отсутствии специального указания на то в федеральном законе не вправе устанавливать нормы гражданского права (Постановление КС РФ от 4 марта 1997 г. № 4-П, определения СКГД ВС РФ от 13 февраля 2001 г. № 11-Г01-07 и от 20 февраля 1998 г. № 58-Г98-2).

На самом деле в Конституции РФ это прямо не написано. Более того, если внимательно вчитаться в положения ч. 1, 2 и 5 ст. 76 Конституции РФ, то можно увидеть, что там черным по белому написано, что законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ не могут противоречить федеральным законам, принятым по вопросам совместного ведения и *исключительного ведения Российской Федерации*. Из этого буквально следует, что субъекты РФ не могут принимать по вопросам

исключительного ведения Российской Федерации законы, противоречащие федеральным законам, но принимать законы, которые федеральному законодательству не противоречат, субъектам РФ Конституцией не запрещено. Однако такое прочтение Конституции РФ полностью обесмысливает различие между предметами исключительного и совместного ведения и потому абсурдно. Неудивительно, что в основном доминирующий сейчас подход игнорирует данный странный пассаж Конституции РФ и исходит из того, что по вопросам исключительного ведения Российской Федерации субъекты РФ в принципе принимать нормативно-правовое регулирование не могут. Это представляется верным<sup>1</sup>.

Тем не менее ряд вопросов остается. Некоторые сферы имущественных отношений могут вызывать вопросы об их отнесении к тем, которые регулируются нормами гражданского права. Отсюда возникает вопрос о наличии компетенции у публично-правового образования на принятие актов, регулирующих такие отношения.

Так, в судебной практике возникал вопрос о допустимости установления субъектом РФ акта о запрете приватизации федерального имущества. Суд обоснованно охарактеризовал эти отношения в качестве гражданских отношений и, применив, в частности, комментируемую норму, признал соответствующий акт незаконным (Определение СКАД ВС РФ от 8 июля 2015 г. № 33-АПГ15-9; см. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1998 г. № 5119/97; Определение СКГД ВС РФ от 28 февраля 2002 г. № 36-Г02-1).

В другом деле было установлено, что правилами благоустройства на территории муниципального образования была предусмотрена обязанность собственников помещений (не являющихся собственниками земельных участков) по надлежащему содержанию территории, обеспечивающему безопасное передвижение пешеходов на прилегающей

---

<sup>1</sup> При этом в судебной практике имеются примеры, когда к акту субъекта РФ (субфедеральному акту) применяются положения ГК РФ о нормах гражданского законодательства. Так, например, по одному из дел, в котором региональным органом исполнительной власти были установлены коэффициенты к ставкам арендной платы за земельные участки с обратной силой, это было признано незаконным, в том числе со ссылкой на нормы ст. 4 ГК РФ о действии гражданского законодательства во времени (Определение СКАД ВС РФ от 28 мая 2014 г. № 16-АПГ14-4). Надо заметить, что установление цены договора публично-правовым образованием по существу представляет собой не правотворчество, а объявление собственником условий, на которых он готов заключить договор. Естественно, что изменение цены договора в одностороннем порядке (как на будущее, так и на прошлое) возможно, только если это предусмотрено законом или договором (ст. 310 ГК РФ). Примечательно, что в другом деле изменение ставок арендной платы за земельные участки не было признано актом гражданского законодательства (Определение СКГД ВС РФ от 25 июня 2013 г. № 5-КГ13-63).

к объекту недвижимости территории. Суд пришел к выводу, что согласно ст. 3 ГК РФ такая обязанность, носящая гражданско-правовой характер, может быть установлена только федеральным законом, но не актом муниципального органа. Отсюда был сделан вывод о том, что ответственность за причинение вреда здоровью вследствие ненадлежащего содержания прилегающего к объекту недвижимости земельного участка несет лицо, на которое *в силу федерального закона* возложена обязанность по содержанию этого участка (п. 7 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.). Незаконное установление норм гражданского права региональным законодательством о благоустройстве территорий являлось достаточно распространенным явлением, которое пресекалось ВС РФ (см., например: Определение СКЭС ВС РФ от 12 марта 2015 г. № 310-КГ14-4599; апелляционные определения СКАД ВС РФ от 20 апреля 2016 г. № 9-АПГ16-2, от 28 сентября 2016 г. № 1-АПГ16-5, от 25 октября 2016 г. № 49-АПГ16-35, от 21 декабря 2016 г. № 82-АПГ16-4, от 1 марта 2017 г. № 57-АПГ16-8, от 20 декабря 2017 г. № 56-АПГ17-21, от 17 апреля 2018 г. № 50-КГ18-7). Вместе с тем, если региональные правила благоустройства предусматривают исполнение соответствующих обязанностей по благоустройству на добровольной основе, такие положения не признаются незаконными (Апелляционное определение СКАД ВС РФ от 15 ноября 2017 г. № 48-АПГ17-16).

Судебная практика содержит и множество других правовых позиций, определяющих области отношений, которые не могут регулироваться правовыми актами, не являющимися федеральными.

Так, согласно практике ВС РФ региональные законы и иные региональные нормативные правовые акты, а также нормативные правовые акты местного самоуправления не могут регулировать гражданские отношения в области сельскохозяйственной кооперации (Определение СКГД ВС РФ от 19 июня 2001 г. № 74-Г01-20). Незаконным признается установление субфедеральным актом обязательной государственной регистрации договоров аренды недвижимости (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59) и порядка государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с ней (определения СКГД ВС РФ от 31 октября 2007 г. № 11-Г07-29, № 11-Г07-27, № 11-Г07-26, от 25 февраля 2004 г. № 58-Г03-40). Регионы не могут регулировать гражданские отношения по государственной регистрации юридических лиц и предпринимателей (Определение СКГД ВС РФ от 15 февраля 2001 г. № 32-Г01-1). Региональный орган не вправе принимать правовой акт о передаче органам местного самоуправления государственных полномочий по совершению нота-

риальных действий (определения СКГД ВС РФ от 15 апреля 2003 г. № 3-Г03-6, от 15 августа 2002 г. № 75-Г02-14). Установление региональным законом обязательного государственного страхования бывших членов избирательной комиссии признано незаконным, поскольку это относится только к компетенции федерального законодателя (п. 9 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за второй квартал 2010 г., утвержденного Постановлением Президиума ВС РФ от 15 сентября 2010 г.; см. также: определения СКАД ВС РФ от 10 июля 2013 г. № 12-АПГ13-1, от 22 июня 2011 г. № 93-Г11-2; определения СКГД ВС РФ от 13 октября 2010 г. № 72-Г10-12, от 21 апреля 2010 г. № 72-Г10-2, от 10 марта 2010 г. № 45-Г10-1). Субфедеральный акт не может устанавливать обязанность заключить договор: например, не допускается обязывать организаторов массового мероприятия на коммерческой основе заключать договор об оплате услуг по обеспечению общественного порядка и безопасности участников (Определение СКГД ВС РФ от 28 апреля 2004 г. № 11-Г04-14). В судебной практике признаются незаконными положения регионального правового акта, регулирующего гражданско-правовые отношения в сфере возмещения вреда жизни и здоровью лицам, замещающим государственные должности (определения СКАД ВС РФ от 11 апреля 2012 г. № 1-АПГ12-3, № 1-АПГ12-1), а также о возмещении вреда вообще (Определение ВС РФ от 13 октября 1998 г.). Считается недопустимым установление региональным актом дополнительных ограничений для оборота алкогольной и спиртосодержащей продукции (Определение СКГД ВС РФ от 10 ноября 2010 г. № 3-Г10-19). Региональный акт не может регулировать гражданские отношения по сбору, заготовке, переработке и реализации лома цветных и черных металлов (Определение СКГД ВС РФ от 2 марта 2001 г. № 74-Г01-4).

Со ссылкой на комментируемую статью признается также незаконным введение регионального закона о зонах регулируемого развития, который, в частности, предписывает определенные правила поведения при осуществлении хозяйственной деятельности в зоне регулируемого развития, регламентирует условия льготного режима инвестиционной, экономической предпринимательской деятельности (определения СКГД ВС РФ от 14 мая 2001 г. № 34-Г01-4, от 6 июля 2001 г. № 51-Г01-12, от 2 декабря 2002 г. № 78-Г02-53, № 78-Г02-54, от 27 декабря 2002 г. № 46-Г02-28, от 13 февраля 2003 г. № 78-Г03-3, от 21 марта 2003 г. № 11-Г03-5, от 24 января 2007 г. № 16-Г06-25, № 16-Г06-26, от 18 июля 2007 г. № 86-Г07-15).

По другому делу суд применил комментируемую статью и признал, что полномочий для установления обязанности для граждан



по представлению документов, связанных с приобретением ими услуг (товаров) по изготовлению (приобретению) надмогильных сооружений, у органов местного самоуправления не имеется (Апелляционное определение СКАД ВС РФ от 1 февраля 2017 г. № 56-АПГ16-35).

Еще в одном деле было признано незаконным установление субфедеральным органом порядка и условий внесения арендной платы, которые в силу п. 1 ст. 614 ГК РФ предусматриваются договором аренды, поскольку данный орган вышел за пределы своей компетенции, установив правовое регулирование вопросов, находящихся в ведении Российской Федерации (Апелляционное определение СКАД ВС РФ от 12 сентября 2018 г. № 56-АПГ18-5).

Применительно к последнему случаю следует отметить, что публично-правовые образования участвуют в гражданском обороте в том числе в качестве арендодателей принадлежащего им имущества. Следовательно, региональными нормами могут устанавливаться те или иные предписания государственным (муниципальным) органам (должностным лицам), которым они должны следовать, например, при заключении договоров аренды. В таких случаях речь не идет об установлении региональным органом норм гражданского права. В этой ситуации собственник имущества реализует свое право собственности, но поскольку такой собственник является публично-правовым образованием, то в компетенцию соответствующих органов может входить определение порядка и условий реализации соответствующих прав в виде принятия соответствующих актов, которые тем не менее ни прав, ни обязанностей для других участников гражданского оборота не устанавливают. Распорядительная власть собственника облекается в форму акта, который норм гражданского права для других лиц не устанавливает. Если же региональный нормативный акт адресован не только соответствующим государственным (муниципальным) служащим, а распространяется на всех лиц, то суд может квалифицировать его как правовой акт, незаконно устанавливающий нормы гражданского права, в том числе в сфере арендных отношений (определения СКГД ВС РФ от 16 июня 2004 г. № 58-Г04-19, от 8 сентября 2004 г. № 4-Г04-35).

Этот же подход следует учитывать и при реализации публично-правовыми образованиями и других правомочий собственника, например при установлении порядка отчуждения имущества (Постановление Президиума ВС РФ от 9 января 2002 г. № 112-ПВ01) или управления и распоряжения государственной собственностью (определения СКГД ВС РФ от 14 июня 2002 г. № 49-Г02-37, от 18 октября 2002 г. № 49-Г02-89, от 20 декабря 2002 г. № 56-Г02-36, от 4 февраля 2003 г. № 60-Г03-4, от 11 февраля 2003 г. № 93-Г03-4, от 31 марта 2004 г. № 85-Г04-2).

При этом необходимо учитывать, что публично-правовые образования могут быть ограничены в своих правах собственности федеральным законодательством, причем в большей мере, чем частные лица. Вопрос отграничения правомочий такого собственника, как публично-правовое образование, и устанавливаемого им как властным субъектом правового регулирования гражданских отношений оказывается не таким простым. Так, при рассмотрении одного из дел было указано следующее. Органы государственной власти субъектов РФ, реализуя предоставленные п. 4 ст. 3, п. 3 ст. 139 и ст. 179.3 БК РФ полномочия, вправе разрабатывать, утверждать и реализовывать ведомственные целевые программы, а также они вправе определять цели и условия предоставления и расходования субсидий местным бюджетам из бюджета субъекта РФ. Однако указанные органы государственной власти не вправе понуждать муниципальных заказчиков и иные организации, осуществляющие заключение муниципальных контрактов, для получения субсидий, финансирования за счет бюджетных ассигнований включать в проекты муниципальных контрактов и гражданско-правовых договоров не соответствующие федеральным законам условия, ущемляющие права поставщика (подрядчика, исполнителя) как стороны в договоре по сравнению с установленными федеральным законодательством нормами заключения и исполнения таких договоров. Иное означало бы допустимость регулирования органом государственной власти субъекта РФ правоотношений в сфере гражданского права, что отнесено к ведению Российской Федерации. Условия предоставления и расходования субсидий не могут противоречить действующему федеральному законодательству (Определение СКАД ВС РФ от 17 декабря 2014 г. № 67-АПГ14-21; см. также Определение СКАД ВС РФ от 17 декабря 2014 г. № 67-АПГ14-15). Рассматривая правовую позицию суда абстрактно, безотносительно к данному конкретному случаю, в котором оспаривалось право приостановить оплату по муниципальному контракту при наличии у кредитора недоимки, следует сделать следующие уточнения. Ясно, что акты и действия публично-правовых образований не должны противоречить закону. Однако, реализуя свои правомочия собственника, публично-правовые образования как при заключении муниципальных контрактов за счет субсидий, так и без таковых, вправе предлагать включать в договор условия, отклоняющиеся от диспозитивной нормы закона, хотя бы это изменение и смещало в некоторой степени защиту имущественных интересов по договору в пользу публично-правового образования. Конечно, следует согласиться с судом в том, что ущемление контрагента по договору не должно допускаться, если оно вы-

ливается в несправедливые условия договора или в злоупотребление правом. Но принятие на себя по договору большего риска и большей ответственности само по себе не должно рассматриваться как ущемление прав. Важно также отметить, что объявление публично-правовым образованием условий, на которых оно готово заключать те или иные договоры, не является установлением гражданско-правового регулирования, хотя бы это объявление и принимало форму правового акта. Это представляет собой реализацию принципа автономии воли и свободы договора и выражается в своего рода преддоговорной стадии отношений.

Схожим образом мотивировал ВАС РФ свой вывод о последствиях несоответствия сделки нормативному акту муниципального уровня. Статья 168 ГК РФ говорит о недействительности сделки, противоречащей закону или иному правовому акту. В связи с этим ВАС РФ разъяснял, что утвержденное Думой города Владивостока Положение о порядке аренды зданий и сооружений, находящихся в муниципальной собственности города Владивостока, относится к нормативным актам органов местного самоуправления, поэтому в силу ст. 3 ГК РФ не является правовым актом, содержащим нормы гражданского права. В связи с этим несоответствие оспариваемого договора аренды с учетом дополнительного соглашения указанному региональному акту не влечет недействительности договора на основании ст. 168 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июля 2010 г. № 2142/10; см. также: Определение СКГД ВС РФ от 13 декабря 2011 г. № 5-В11-116; Постановление Президиума ВАС РФ от 14 апреля 2009 г. № 17468/08).

В итоге в области договорных отношений, связанных с распоряжением имуществом публичного образования, получается, что соответствующее публично-правовое образование не может установить те или иные правила в отношении прав или обязанностей сторон договора в форме фиксации норм права, но оно может реализовать свою автономию воли как собственник имущества и сторона договора, согласовывая необходимые условия договоров, опосредующих такое распоряжение.

### **(б) Делегирование правотворчества в области гражданского права на региональный уровень**

Встает вопрос о том, может ли федеральный закон делегировать правотворческую компетенцию по тому или иному вопросу, отнесенному к исключительному ведению Российской Федерации (в том числе вопросу гражданского законодательства), на уровень законодательства субъекта РФ.

Согласно п. 3 ст. 26.1 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» «[п]олномочия, осуществляемые органами государственной власти субъекта Российской Федерации по предметам ведения Российской Федерации, определяются федеральными законами, издаваемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, а также соглашениями». Могут ли эти «полномочия» включать в себя и компетенцию по принятию норм права?

В реальности такие примеры делегирования субъекту РФ правотворческой компетенции в области гражданского законодательства на уровне федерального закона иногда встречаются. Так, например, согласно п. 1 ст. 34 ГК РФ вопросы организации и деятельности органов опеки и попечительства по осуществлению опеки и попечительства над детьми, оставшимися без попечения родителей, определяются помимо норм ГК РФ и ряда федеральных законов также и законами субъектов РФ. Согласно абзацу четвертому п. 1 ст. 54 ГК РФ «[н]ормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации может быть установлен порядок использования в наименованиях юридических лиц официального наименования субъектов Российской Федерации». Федеральный закон 20 июля 2000 г. № 104-ФЗ «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» (ст. 4), а также Федеральный закон 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации» (ч. 2 ст. 12) также предоставляют субъектам РФ компетенцию по принятию целого ряда норм, регулирующих специфику создания и функционирования подобных общин, которые согласно ст. 123.16 ГК РФ могут создаваться в форме некоммерческих организаций.

В судебной практике также иногда звучит мысль о том, что из комментируемой правовой нормы следует, что отношения, регулируемые гражданским законодательством, *при наличии прямого указания в федеральном законе* могут регулироваться законом субъекта РФ (Определение СКГД ВС РФ от 16 февраля 2001 г. № 89-Г01-2).

Оценка такого явления может вызывать споры. Конечно, если законодатель делегирует субъекту РФ принятие норм, касающихся каких-то узких вопросов гражданского права, имеющих сугубо местное значение и местную специфику (например, специфику гражданско-правовых

отношений внутри общин малочисленных народов, проживающих в данном конкретном регионе, требующую учета сугубо национального культурного своеобразия), в этом можно увидеть определенный смысл. Но получается, что все будет зависеть от доброй воли федерального законодателя. Если он вдруг надумает делегировать регионам полномочия на принятие своих собственных законов о правовом режиме обществ с ограниченной ответственностью, созданных в данном регионе, или системе регистрации прав на недвижимость, неужели это может быть конституционным?

Возможно, здесь стоит придерживаться строгого запрета на такую делегацию или признавать ее конституционной только в самых редких и исключительных случаях, когда это обусловлено необходимостью учесть местную культурную или иную специфику и только тогда, когда это не ставит под угрозу единство экономического пространства.

При этом, если и признавать такую делегацию конституционной, при прямой коллизии норм федерального законодательства и норм регионального законодательства, принятых во исполнение и в пределах делегированной в законе субъекту РФ правотворческой компетенции, приоритет должны иметь первые. Касается ли это и тех случаев, когда закон осуществляет инверсию иерархии и устанавливает, что его положения применяются, если иное не установлено в «иных правовых актах» (об инверсии иерархии см. п. «з» комментария к настоящей статье; о категории «иной правовой акт» см. п. «п» комментария к настоящей статье)? Указанная в законе оговорка об иных правовых актах распространяется по общему правилу на иные правовые акты федерального уровня и не может затрагивать региональные акты, так как те в принципе в области гражданского законодательства приниматься не могут. Но что, если субъекту РФ законом специально делегирована правотворческая компетенция по конкретному вопросу гражданского права (при условии, конечно, что такая делегация в принципе признается конституционной, что спорно)? Попадет ли такой региональный законодательный акт в этом случае в категорию иного правового акта, и получит ли норма такого закона приоритет над нормой закона федерального? Данный вопрос может вызывать дискуссии.

Также может возникнуть следующая проблема: когда закон делегировал правотворческую компетенцию по тому или иному вопросу субъекту РФ, может возникать коллизия между принятыми региональным законодателем нормами, с одной стороны, и нормами, принятыми указом Президента РФ, постановлением Правительства РФ или актом министерства — с другой. Видимо, в таком случае федеральные акты,

пусть и не законодательного уровня, должны иметь приоритет над региональным законодательством.

Наконец, если закон делегировал ту или иную правотворческую компетенцию в области гражданского права субъекту РФ (и это в принципе признается конституционным), встает вопрос о том, может ли субъект РФ осуществить последующее делегирование этой правотворческой компетенции на уровень местного самоуправления. В абзаце двадцать втором п. 7 ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» указано, что «[п]олномочия Российской Федерации, переданные для осуществления органам государственной власти субъекта Российской Федерации, могут передаваться законами субъекта Российской Федерации органам местного самоуправления, если такое право предоставлено им федеральными законами, предусматривающими передачу соответствующих полномочий Российской Федерации органам государственной власти субъектов Российской Федерации». Иначе говоря, если считать, что положения ст. 26.3 указанного Закона действительно допускают делегирование субъекту РФ полномочий Российской Федерации в сфере исключительного ведения Российской Федерации и правотворческих полномочий, то следует признать, что этот же Закон допускает и последующее делегирование правотворческих полномочий на уровень местного самоуправления, но последнее возможно только тогда, когда такая опция предусмотрена в федеральном законе.

В целом ряде актов ВС РФ признавал невозможным последующее делегирование субъектом РФ на уровень органов местного самоуправления не правотворческих, а исполнительных государственных полномочий по организации и осуществлению деятельности по опеке и попечительству, поскольку федеральный закон, делегировав вопросы организации опеки и попечительства на уровень субъекта РФ, не указал прямо на возможность последующего делегирования таких полномочий (определения СКГД ВС РФ от 22 октября 2008 г. № 67-Г08-12, от 13 мая 2009 г. № 80-Г09-5, от 24 июня 2009 г. № 64-Г09-7, № 86-Г09-12). Этот же подход тем более применим и к правотворческим полномочиям. Но повторим, что широкая практика дальнейшего делегирования компетенции в области гражданского права на уровень местного самоуправления может представлять угрозу единству гражданского законодательства и еще более расходиться с конституционным определением гражданского законодательства как предмета федерального ведения.

**(в) Пограничные с гражданским правом области**

Когда Конституция РФ в ст. 71 и 72 разграничивает предметы ведения Российской Федерации и субъектов РФ, она использует два разных критерия разграничения. Конституция РФ в ст. 71 относит гражданское законодательство к ведению Российской Федерации. При этом ГК РФ выделяет сферу действия гражданского законодательства, используя критерий, в основании которого – выделение особого типа общественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Согласно п. 3 ст. 2 ГК РФ «[к] имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством».

В то же время нормы гражданского законодательства могут располагаться в законах, которые также регулируют и сугубо публично-правовые отношения. Существует множество законов, которые регулируют как гражданско-правовые отношения, так и те, которые к гражданскому праву отношения не имеют. Обычно такие законы посвящены какому-то конкретному предмету, виду деятельности.

Одновременно в тех же статьях Конституции РФ при определении предметов ведения нередко используется сугубо предметный критерий. Так, согласно ст. 72 Конституции РФ в совместном ведении Федерации и субъектов РФ находятся режим пограничных зон; вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами; разграничение государственной собственности; природопользование; охрана окружающей среды и обеспечение экологической безопасности; особо охраняемые природные территории; охрана памятников истории и культуры; семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах, об охране окружающей среды и др. Законодательство, регулирующее эти виды общественных отношений, может содержать и на практике нередко содержит нормы, которые по своему предмету и методу относятся к нормам гражданского права. Означает ли это, что в области регулирования, например, жилищных и земельных отношений допустимо правотворчество субъектов РФ?

В идеальной системе совместное ведение в этих отраслях должно реализовываться таким образом: субфедеральные акты не должны устанавливать нормы гражданского права, ограничиваясь вопросами публично-правового характера, а все нормы гражданского права в сфере совместного ведения должны устанавливаться только на феде-

ральном уровне. Однако комплексность правоотношений в указанных областях права, когда публично-правовые вопросы тесно переплетены с гражданско-правовыми, чрезвычайно затрудняют эту задачу. Поэтому субфедеральные акты в указанных областях совместного ведения на практике могут значительным образом влиять на правовой режим частных прав.

Но при этом, если какой-то из подобных вопросов урегулирован на уровне федерального законодательства, местное региональное законодательство не может вступать с ним в противоречие. В случае возникновения такого противоречия по вопросам регулирования областей права, отнесенных к совместному ведению, приоритет имеет федеральное законодательство (ч. 2 и 4 ст. 76 Конституции РФ).

Также следует иметь в виду, что гражданские права и свободы могут ограничиваться не только и на практике ограничиваются не столько гражданским законодательством, сколько публично-правовым регулированием (например, законодательство о лицензировании, санитарные ограничения, пожарная безопасность, порядок розничной торговли и т.п.). При этом административное право отнесено к предметам совместного ведения. Так что физические и юридические лица при ведении экономической деятельности и в ходе повседневной жизни вынуждены на практике соблюдать тысячи норм не только федерального, но и регионального законодательства и несут публично-правовую ответственность за их нарушение. При этом на практике определить гражданско-правовую или публично-правовую природу конкретных норм нередко крайне сложно, особенно когда речь идет о запрете. Например, почему множество императивных запретов, которые установлены в потребительском законодательстве, или в п. 1 ст. 932 ГК РФ, запрещающем страхование договорной ответственности, или в ст. 575 ГК РФ, запрещающей дарение в отношениях между коммерческими организациями или крупные подарки чиновникам, принято относить к нормам гражданского, а не административного права, а запрет на продажу алкоголя в ночное время или на ведение банковской деятельности без необходимой лицензии считается элементом публично-правового регулирования? Ответ, который напрашивается, таков: гражданско-правовые ограничения вводятся для защиты справедливости в отношениях между формально равными, а публично-правовые запреты вводятся во имя защиты общественных интересов. Но этот критерий провести абсолютно последовательно в жизнь непросто, так как цели многих норм могут быть смешанными или дискуссионными. Огромное число императивных норм ГК РФ, которые общепризнанно считаются гражданско-правовыми, установ-



лены во имя обеспечения баланса общественных и индивидуальных интересов.

### **(г) Гражданское законодательство и подзаконные правовые акты**

Комментируемая статья определяет юридическую природу и иерархию федеральных нормативных правовых актов, регулирующих гражданско-правовые отношения (Решение ВС РФ от 28 марта 2012 г. № АКПИ12-117). Позитивное гражданское право состоит из нескольких уровней иерархической системы нормативных правовых актов федерального уровня. Высший уровень занимает Конституция РФ, затем идет сам ГК РФ, иные федеральные и федеральные конституционные законы, потом указы Президента РФ, ниже – постановления Правительства РФ и на самом нижнем уровне – акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти (ведомственные акты).

Согласно п. 2 комментируемой статьи гражданское законодательство состоит лишь из федеральных законов. Федеральные законы согласно Конституции РФ принимаются Госдумой, одобряются Советом Федерации и подписываются Президентом РФ. Указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и ведомственные акты не считаются актами гражданского законодательства.

В Российской Федерации принимаются федеральные и федеральные конституционные законы, причем последние имеют приоритет над первыми (ч. 3 ст. 76 Конституции РФ). В ряде федеральных конституционных законов встречаются нормы гражданского права (например, ст. 66 Федерального конституционного закона от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации», ст. 6 Федерального конституционного закона от 21 июля 2007 г. № 5-ФКЗ «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Читинской области и Агинского Бурятского автономного округа», ст. 11.1 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»).

Помимо ГК РФ, который также является федеральным законом, действуют десятки законов, регулирующих вопросы гражданского права (например, Закон об ипотеке, Закон о государственной регистрации недвижимости, Закон о защите прав потребителей, Закон об АО, Закон об ООО, Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» и мн. др.), некоторые из которых также обозначаются как кодексы (например, Кодекс торгового мореплавания РФ). О соотношении этих законов и ГК РФ см. п. «м» комментария к настоящей статье.

Другими источниками позитивного гражданского права являются указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и нормативные правовые акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, а также нормативные правовые акты Центрального банка РФ. Все эти нормативные правовые акты, которые располагаются в иерархии ниже федеральных законов, принято называть подзаконными нормативными правовыми актами.

В настоящее время Президент РФ редко принимает указы, регулирующие вопросы гражданского права. Но некоторые такие примеры имеются (например, Указ Президента РФ от 9 января 2011 г. № 26 «Об утверждении перечня приграничных территорий, на которых иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками»).

Правительство РФ на практике принимает достаточно много постановлений, регулирующих те или иные вопросы гражданского права. Так, например, им были приняты Постановление от 8 июня 2019 г. № 748 «Об утверждении требований к использованию документов в электронной форме туроператором, турагентом и туристом и (или) иным заказчиком при реализации туристского продукта и Правил обмена информацией в электронной форме между туроператором, турагентом и туристом и (или) иным заказчиком при реализации туристского продукта», Постановление от 24 декабря 2015 г. № 1416 «О государственной регистрации распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных по договору и перехода исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности без договора», Постановление от 29 июля 2013 г. № 644 «Об утверждении Правил холодного водоснабжения и водоотведения и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации», Постановление от 4 октября 2012 г. № 1006 «Об утверждении Правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг», Постановление от 4 мая 2012 г. № 442 «О функционировании розничных рынков электрической энергии, полном и (или) частичном ограничении режима потребления электрической энергии» и мн. др.

Нормативные правовые акты министерств и ведомств, входящих в систему органов исполнительной власти РФ, в области гражданского права встречаются нередко (например, приказ Минэкономразвития России от 10 декабря 2015 г. № 931 «Об установлении Порядка приня-

тия на учет бесхозных недвижимых вещей»). Такие акты подлежат предварительной правовой экспертизе на предмет соответствия законодательству и государственной регистрации в Минюсте России, если они затрагивают права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливают правовой статус организаций или имеют межведомственный характер (Постановление Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009, подп. 14 п. 7 Положения о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1313).

Но здесь нужно учесть, что в ГК РФ не упомянут один важный субъект федерального правотворчества в сфере гражданского права. Таковым является Центральный банк РФ, не входящий формально в систему органов исполнительной власти, но обладающей правотворческой компетенцией в силу прямого указания в законе. Согласно ст. 7 Закона о Центральном банке РФ Банк России по вопросам, отнесенным к его компетенции названным Законом и другими федеральными законами, издает в форме указаний, положений и инструкций нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц. Судебная практика рассматривает акты Центрального банка РФ как содержащие законно установленные нормы гражданского права (Определение СКГД ВС РФ от 31 октября 2017 г. № 49-КГ17-24). Вместе с тем в судебной практике ранее имелись примеры, когда нормативная компетенция в соответствующей сфере гражданских отношений этого государственного органа была поставлена под сомнение (Постановление Президиума ВС РФ от 30 мая 2001 г. № 261пв-2000), однако этот подход не подтверждается последующей устоявшейся судебной практикой.

В целом ряде норм ГК РФ нормативные акты ЦБ РФ кодируются за счет эвфемизма «банковские правила» (например, п. 1 ст. 358.12, п. 2 ст. 835 ГК РФ и др.). Но, как представляется, если в той или иной норме закона указано, что иное может быть установлено в «иных правовых актах», и на банковские правила прямого указания нет, следует исходить из того, что нормативные правовые акты ЦБ РФ, принятые в рамках широко делегированных ЦБ РФ в ст. 7 Закона о Центральном банке РФ правотворческих полномочий, также имеются в виду. По своему месту в иерархии источников позитивного гражданского права такие нормативные правовые акты ЦБ РФ должны приравниваться к нормативным правовым актам министерств и ведомств.

**(д) Указание на закон или законодательство в тексте федерального закона**

Если ГК РФ или иной федеральный закон устанавливает то или иное юридическое последствие в зависимости от наличия того или иного правила в *законе*, такое правило, предусмотренное иным, подзаконным актом, даже если оно принято органом, который вообще имеет компетенцию на принятие норм гражданского права, по общему правилу не может повлечь соответствующие юридические последствия. Например, согласно п. 1 ст. 173.1 ГК РФ к оспоримым сделкам, заключенным без необходимого согласия, могут быть отнесены только такие сделки, необходимость согласия для заключения которых предусмотрена законом. Следовательно, если необходимость согласия на сделку предусмотрена иным актом (указом Президента РФ, постановлением Правительства РФ, ведомственным актом), нарушение требования о получения согласия не может повлечь недействительности сделки, даже если соответствующий государственный орган имеет компетенцию устанавливать нормы гражданского права (п. 90 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Другой пример: из п. 1 ст. 445 ГК РФ следует, что объявить договор обязательным к заключению может только ГК РФ или иной федеральный закон (п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Отсюда следует, что указом Президента РФ, постановлением Правительства РФ или ведомственным актом не может быть установлена норма, предусматривающая обязанность заключить договор.

Впрочем, на практике здесь не исключено в ряде случаев расширительное толкование соответствующей отсылки к законам в конкретной норме ГК РФ. Нередко норма говорит только о возможности установить то или иное правило в законе, но судебная практика допускает возможность принятия соответствующей нормы на уровне как минимум постановлений Правительства РФ, если такие акты принимаются в развитие законодательных положений и на основе делегированной правотворческой компетенции (о делегировании правотворческой компетенции см. п. «и» комментария к настоящей статье).

Например, ст. 332 ГК РФ предусматривает, что неустойка может быть установлена законом. Но судебная практика в основном признает неустойки, установленные на уровне постановлений Правительства РФ, если такой акт Правительства РФ принимается в рамках делегированной ему законом правотворческой компетенции. Так, согласно ч. 5 ст. 34 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» размер штра-

фов за нарушение контракта, заключенного по правилам этого Закона, определяется Правительством РФ. И Правительство РФ такой акт утвердило. Сейчас эти вопросы урегулированы в Постановлении Правительства РФ от 30 августа 2017 г. № 1042, и суды взыскивают такие штрафы повсеместно. Другой пример: п. 2 ст. 44 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» уполномочил Правительство РФ принимать правила оказания услуг связи, и Правительство РФ в рамках одних из таких правил (п. 75 Постановления Правительства РФ от 23 января 2006 г. № 32) устанавливает размер неустойки в случае неоплаты, неполной или несвоевременной оплаты услуг связи по передаче данных абонентом. Это упоминание в законе о полномочиях Правительства РФ на принятие правил в области связи ВС РФ посчитал достаточным правовым основанием для признания компетенции Правительства РФ установить подзаконную неустойку (Определение ВС РФ от 28 января 2010 г. № КАС09-661).

Как представляется, в конечном итоге здесь следует осуществлять телеологическое толкование соответствующей ссылки на «закон» или «законодательство» в тексте соответствующей нормы, но базовой опровержимой презумпцией должно быть буквальное прочтение: если закон связывает те или иные правовые последствия с нормой закона, не упоминая иные правовые акты, следует презюмировать, что законодатель не упомянул иные правовые акты не случайно. Обратное объяснение (простая забывчивость законодателя) и вытекающее из этого расширительное толкование спорной ссылки на закон также возможны, но при наличии веских аргументов и очевидности того, что никакой логики в столь буквальном прочтении нет.

### **(е) Иерархия источников позитивного гражданского права**

Суть иерархии источников позитивного гражданского права состоит в том, что соответствующий акт каждого последующего уровня не должен противоречить ни одному акту каждого предшествующего уровня.

*Полномочия федерального законодателя* ограничены лишь тем, что его акты не должны противоречить Конституции РФ (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ), а также международным договорам (абзац второй п. 2 ст. 7 ГК РФ). Кроме того, нормы федеральных законов (включая ГК РФ) не могут противоречить положениям федеральных конституционных законов (ч. 3 ст. 76 Конституции РФ).

*Президент РФ* в силу п. 3 комментируемой статьи вправе принимать указы, содержащие нормы гражданского права, по своему усмотрению (не требуется какое-то специальное указание в законе, предоставляющее Президенту РФ такую компетенцию в той или иной области).

Но указы Президента РФ по своему содержанию не должны противоречить не только Конституции РФ и международным договорам, но и ГК РФ, а также иным федеральным законам (включая федеральные конституционные законы). Из п. 3 ст. 3 ГК РФ следует, что акты Президента РФ не ограничиваются какими-либо рамками по сфере норм гражданского права. Однако, поскольку такие акты не могут противоречить Конституции РФ и федеральному закону, законодательство может устанавливать соответствующие ограничения для актов Президента РФ.

*Правотворческие полномочия Правительства РФ* ограничены таким образом, что, во-первых, устанавливаемые им нормы не могут противоречить Конституции РФ, международным договорам, ГК РФ, иным федеральным законам и указам Президента РФ, а во-вторых, в силу п. 4 комментируемой статьи Правительство РФ (в отличие от Президента РФ) может принимать соответствующие акты только *на основании и во исполнение* ГК РФ, иных законов, указов Президента РФ. Это означает, что вышестоящим актом должна быть предусмотрена компетенция Правительства РФ на принятие соответствующего акта. Если Правительство РФ принимает какой-либо нормативный правовой акт в области гражданского права, но ни в одном законе или указе Президента эта возможность не предусмотрена, такой акт является незаконным и не подлежит применению судом (подробнее о делегированном правотворчестве см. п. «и» комментария к настоящей статье).

*Правотворческие полномочия министерств и иных федеральных органов исполнительной власти* ограничены, во-первых, тем, что принимаемые ими нормы не могут противоречить источникам позитивного права более высокого уровня, и, во-вторых, тем, что в силу п. 7 комментируемой статьи принятие министерством или ведомством нормативных правовых актов в области гражданского права возможно только в случаях и в пределах, которые предусмотрены актами вышестоящих уровней (федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ). Из этого следует, что соответствующий вышестоящий акт должен предусмотреть, для какой области отношений федеральный орган исполнительной власти имеет компетенцию принять нормативный правовой акт, и определить границы (пределы) этой компетенции. Иначе говоря, мы здесь имеем еще один пример делегированного правотворчества.

Если соответствующий орган наделен полномочиями принимать нормативный правовой акт в соответствующей области, он тем более наделен полномочиями и менять, и отменять ранее принятый акт. Так, например, в п. 4 ст. 3 ГК РФ сказано, что Правительство РФ вправе *принимать* нормативные акты, содержащие нормы гражданского права.

Отсюда следует сделать вывод, что оно может изменять или отменять такие ранее принятые им акты. Это кажется очевидным, однако в судебной практике пришлось подтверждать данный трюизм (Решение ВС РФ от 25 августа 2000 г. № ГКПИ00-752).

### **(ж) «Вертикальные» коллизии источников позитивного гражданского права**

Коллизия нижестоящего в иерархии нормативного акта с вышестоящим влечет различные последствия, в зависимости от уровней иерархии и видов сталкивающихся актов.

Если норма закона противоречит положениям Конституции, приоритет, естественно, имеет Конституция. Но здесь возникает вопрос о том, кто может констатировать неконституционность закона. Речь, конечно же, идет не о компетенции признать закон недействующим в случае противоречия Конституции, так как этот вопрос находится однозначно в компетенции КС РФ, а о компетенции ординарного суда проигнорировать норму закона в случае его противоречия Конституции РФ и применить вместо этой нормы в конкретном споре положение Конституции РФ. Согласно ч. 1 ст. 15 Конституции РФ Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Вероятно, разработчики Конституции имели в виду, что ее напрямую может применять любой суд в конкретном деле, даже если имеется какая-то норма нижестоящего в иерархии источника права, которая противоречит Конституции РФ. В 1995 г. на основании этого положения ВС РФ установил, что обычные гражданские суды при рассмотрении дел могут оценить содержание закона или иного нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемые судом правоотношения, на предмет их конституционности и при выявлении противоречия проигнорировать закон и применять Конституцию РФ в качестве акта прямого действия (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8). В 1996 г. уже законодатель вписал в ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» положение, согласно которому «[с]уд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции Российской Федерации, федеральному конституционному закону, федеральному закону, общепризнанным принципам и нормам международного права, международному договору Российской Федерации, конституции (уставу) субъекта Российской Федерации, закону субъекта Российской Федерации, принимает решение в соответствии

с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу». Эта норма также достаточно недвусмысленно закрепляет прямое действие положений Конституции РФ вопреки противоречащим им нормам федерального законодательства и обязанность любого суда в такой ситуации применить именно Конституцию РФ.

Но уже в 1998 г. КС РФ принял Постановление от 16 июня 1998 г. № 19-П, в котором он не признал право обычных судов игнорировать положения закона при их противоречии Конституции РФ. По мнению КС РФ, только КС РФ имеет компетенцию оценивать конституционность закона, и если судья ординарного суда в конкретном деле усматривает противоречие закона или иного правового акта Конституции РФ, он должен запросить КС РФ о конституционности подлежащего применению закона. Такой запрос в соответствии со ст. 101 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» может быть направлен судом любой инстанции и на любой стадии рассмотрения дела (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8). В XXI в. практика прямого применения судами Конституции РФ вопреки противоречащим им нормам федерального закона, иногда встречавшаяся в 1999-е гг., сошла на нет. По сути, КС РФ заблокировал такое проявление идеи прямого действия Конституции РФ. В 2013 г. ВС РФ, видимо, согласившийся с КС РФ в данном вопросе, внес в связи с этим коррективы в свое Постановление Пленума от 31 октября 1995 г. № 8 и исключил из него те положения, которые прямо закрепляли право ординарного суда применять Конституцию РФ вопреки положениям федеральных законов или иных правовых актов.

По сути, КС РФ и вслед за ним и ВС РФ теперь исходят из того, что положения Конституции РФ не могут непосредственно применяться вопреки положениям федеральных законов, и монополия на оценку законодательных норм в качестве неконституционных принадлежит только КС РФ. Безусловно, следует согласиться, что ординарный суд не может признать закон недействующим *erga omnes* в силу противоречия Конституции РФ. Это не вызывает никаких сомнений. Но идея блокирования права ординарного суда, обнаружившего очевидное противоречие Конституции в норме закона или иного правового акта, в контексте конкретного спора просто применить базовый подход, вытекающий из самой сути иерархии источников права, а именно применить норму Конституции РФ как акта большей юридической силы, может вызывать дискуссии. Есть как сторонники, так и противники такого подхода. В зарубежном праве тоже представлены разные позиции по этому вопросу.



На практике, впрочем, драматические последствия как минимум для гражданского права не столь очевидны, так как в условиях бурного развития принципа добросовестности и принятого в практике ВС РФ достаточно свободного телеологического толкования закона практически любые нормы ГК РФ или иных законов в этой области превращаются в опровержимые презумпции, от которых суд может отступить, если результат формального правоприменения порождает вопиюще несправедливые результаты. А при оценке целесообразности телеологической редукции или расширения законодательной нормы либо применения доктрины злоупотребления правом в целях опровержения конкретного принадлежащего лицу в силу закона права суд оценивает справедливость решения на основе базовых принципов частного права и тех положений и принципов, которые отражены в Конституции РФ. Фактически тем самым через практику судов, применяющих такие оценочные понятия, как «добросовестность» или «телеологическое толкование закона», может происходить скрытая коррекция закона, регулирующего гражданско-правовые отношения и вошедшего в противоречие с базовыми принципами и положениями Конституции РФ (в первую очередь о правах и свободах человека и гражданина). По сути, такие принципы и положения приобретают в сфере гражданского права так называемый не прямой «горизонтальный» эффект. Таким опосредованным образом может проявляться приоритет Конституции РФ, по крайней мере до тех пор, пока КС РФ не принял к производству соответствующий спор и не признал официально норму закона неконституционной или не закрепил то или иное ее неконституционное истолкование.

Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законом, суд при разрешении гражданского дела применяет правила международного договора (ч. 4 ст. 11 ГПК РФ). Таким образом, здесь работает обычный метод автоматического исключения нормы нижестоящего в иерархии акта при ее коллизии с нормой акта вышестоящего. Любой суд может просто проигнорировать норму федерального закона, противоречащую норме международного договора. В отношении того, каковы условия признания международного договора с участием РФ в качестве источника российского права, см. комментарий к ст. 7 ГК РФ.

Если положение федерального закона противоречит положениям федерального конституционного закона, приоритет имеют последние (ч. 3 ст. 76 Конституции РФ). Причем это касается и положений ГК РФ, который принят в статусе обычного федерального закона.

Если указ Президента РФ или постановление Правительства РФ противоречат ГК РФ или иному закону, они не подлежат применению. На это прямо указано в п. 5 комментируемой статьи. Соответственно, если суд видит противоречие нижестоящего в иерархии подзаконного акта закону, он обязан проигнорировать норму подзаконного акта и применить нормы закона, даже если соответствующий подзаконный акт не признан недействительным, — это следует из п. 5 комментируемой статьи и абзаца тринадцатого ст. 12 ГК РФ (см. п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Такое решение не отменит норму данного акта *erga omnes*, но в контексте конкретного спора она не будет применена. Пример неприменения противоречащего закону указа Президента РФ см. в Постановлении Президиума ВАС РФ от 24 февраля 2004 г. № 13242/03.

Кроме того, противоречащий закону подзаконный нормативный правовой акт может быть признан *erga omnes* недействующим в соответствии со ст. 13 ГК РФ и специальными процедурными правилами ст. 208–217.1 КАС РФ, а также гл. 23 АПК РФ. Общие разъяснения по оспариванию нормативных правовых актов, которые имеют значение и для оспаривания подзаконных актов, содержащих нормы гражданского права, см. в Постановлении Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50.

Если суд, рассматривающий конкретное гражданское дело, обнаруживает в нормативном правовом акте Правительства РФ или Президента РФ противоречие Конституции РФ, он не может проигнорировать норму такого акта и применить Конституцию РФ непосредственно и при наличии сомнений или даже уверенности в неконституционности нормы должен приостанавливать рассмотрение дела и направлять запрос в КС РФ (Постановление КС РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П). Но никто не запрещает суду обойти это препятствие и просто телеологически истолковать норму такого акта ограничительно под эгидой общих принципов права (в том числе с учетом конституционных принципов и положений) или применить принцип добросовестности для нейтрализации той явной несправедливости, которая порождается неконституционной нормой.

Комментируемые нормы о коллизии актов различных уровней иерархии содержат пробел для случая противоречия между указом Президента РФ и постановлением Правительства РФ. Статья 80 Конституции РФ позволяет уверенно заключить, что преимущество имеет акт Президента РФ, соответственно, нормы гражданского права в постановлении Правительства РФ, противоречащие указу Президента РФ, не подлежат применению в рамках конкретного спора, а также могут

быть признаны недействующими согласно установленной процедуре оспаривания нормативных правовых актов.

Схожий пробел допущен для случая коллизии акта министерства или иного федерального органа исполнительной власти с актами Президента РФ или Правительства РФ. Очевидно, что такие юридически порочные акты тоже не подлежат применению, а также могут быть признаны недействующими судом в соответствии с установленной процессуальным законом компетенцией.

Если соответствующий акт принят государственным органом или должностным лицом в пределах их компетенции и не противоречит вышестоящим актам (включая Конституцию РФ), отраженным там нормам и правовым принципам, то целесообразность его принятия не может стать предметом судебной оценки. Суды не вправе обсуждать вопрос о целесообразности принятия органом или должностным лицом оспариваемого акта, поскольку это относится к исключительной компетенции органов государственной власти Российской Федерации, ее субъектов, органов местного самоуправления и их должностных лиц (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50).

### **(з) Инверсия иерархии**

Иерархия нормативных актов гражданского права по общему правилу означает, что вышестоящие акты имеют преимущество перед нижестоящими, поскольку последние не могут устанавливать регулирование, противоречащее вышестоящим актам. Однако вышестоящий акт может провести своего рода инверсию этой зависимости таким образом, что его норма не будет распространяться на отношения сторон в той части, в которой иное установлено в акте нижестоящем.

Такой прием можно встретить и в многочисленных нормах ГК РФ, в которых устанавливается правило и далее указывается, что иное может быть установлено на уровне «иного правового акта». Например, согласно п. 4 ст. 539 ГК РФ правила § 6 гл. 30 ГК РФ о договоре энергоснабжения могут не применяться к отношениям сторон, если актом Правительства РФ установлены иные правила. Этот подход приводит к тому, что все большее число гражданских отношений (энергетическая отрасль здесь особенно показательна) ГК РФ практически не регулируется, а нормативное регулирование перемещается на уровень подзаконных актов.

Иногда встречаются очень спорные с точки зрения своей широты примеры такой инверсии, делегирующие иным субъектам правотворчества колоссальные по своему охвату возможности принимать нормы, отличающиеся от общих норм федерального законодатель-

ства. Так, например, закон указывает, что «[о]собенности создания, реорганизации, ликвидации и правового положения хозяйственных обществ в отдельных сферах деятельности, включая реализацию обязанности по хранению, раскрытию или предоставлению информации об их деятельности, совершения сделок, включая их нотариальное удостоверение и учет, особенности правового положения эмитентов и профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также особенности учета информации о ценных бумагах в отдельных сферах деятельности в исключительных случаях могут устанавливаться Президентом Российской Федерации» (ст. 12 Федерального закона от 4 июня 2018 г. № 133-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившей силу части 15 статьи 5 Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с принятием Федерального закона «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг»).

#### **(и) Делегирование правотворческой компетенции**

Постановления Правительства РФ призваны обеспечивать реализацию и конкретизацию норм ГК РФ, иных законов и указов Президента РФ (Решение ВС РФ от 18 июня 2012 г. № АКПИ12-503; Определение Апелляционной коллегии ВС РФ от 17 декабря 2013 г. № АПЛ13-556). Но Правительство РФ согласно п. 4 комментируемой статьи принимает содержащие нормы гражданского права постановления *во исполнение и на основании* норм ГК РФ, иных законов и указов Президента РФ, что означает необходимость наличия в этих актах прямого указания на компетенцию Правительства РФ принять нормативный правовой акт по соответствующему вопросу. Это значит, что Правительство РФ не свободно принимать такие акты по своему разумению, а должно действовать только на основании точно делегированной ему правотворческой компетенции. Термин «основание» наряду с термином «вправе» означает установление ограниченной компетенции данного органа на принятие норм гражданского права.

В п. 4 ст. 3 ГК РФ сказано, что Правительство РФ *вправе* принимать постановления, содержащие нормы гражданского права. Принятие Правительством РФ такого постановления при наличии указания в ГК РФ, ином законе или указе Президента РФ не является предметом его доброй воли и не должно пониматься таким образом, что Правительство вольно принимать или не принимать соответствующий акт. Из этой нормы

буквально следует, что Правительство РФ принимает акт на основании и *во исполнение* ГК РФ, иного закона, указов Президента РФ. Добавление термина «во исполнение» не случайно и как раз свидетельствует, что никакого свободного усмотрения на принятие акта у Правительства РФ нет, оно обязано принять соответствующий акт, на который указано законом или иным вышестоящим в иерархии актом, поскольку обязано соблюдать требования таких актов.

История российского законодательства тем не менее знает такие случаи, когда Правительство РФ годами не исполняло закон. Например, в прежней редакции (до 30 июля 2017 г.) ст. 4 Закона об участии в долевом строительстве ее ч. 2 предусматривала, что Правительство РФ издает правила, обязательные для сторон договора при его заключении и исполнении, которые так никогда и не были приняты. Такое положение вещей недопустимо, поскольку представляет собой неисполнение Правительством РФ требований закона.

Российской юриспруденции неизвестны юридические средства защиты интересов субъектов гражданского права на случай бездействия государственного органа, который в соответствии с законом обязан принять соответствующий правовой акт, но не делает этого. Видимо, в таком случае ответственность можно рассматривать только в политической сфере, хотя из некоторых подходов в судебной практике можно усмотреть, что суд имеет компетенцию обязать соответствующий государственный или муниципальный орган принять подзаконный нормативный акт (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50).

Однако приведенный пример не является характерным для современного положения дел с нормативным регулированием подзаконными актами. Реализация метода делегированного правотворчества весьма широка. Например, в области энергетики полномочия Правительства РФ определены достаточно широко, и значительная часть отношений регулируется не ГК РФ и не иными федеральными законами, а подзаконными актами. Судебная практика на основании комментируемой статьи в таких случаях признает акты Правительства принятыми в соответствии с законом (см., например, Определение Апелляционной коллегии ВС РФ от 30 июля 2015 г. № АПЛ15-282).

Сказанное выше справедливо и в отношении актов министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, в отношении которых в п. 7 комментируемой нормы сказано, что данные органы *могут* принимать акты, содержащие нормы гражданского права *в случаях и в пределах*, установленных в актах вышестоящих в иерархии

источников права. Соответственно, такие органы могут принимать нормативные акты в области гражданского права только тогда, когда по конкретному вопросу или в той или иной области отношений им такая правотворческая компетенция делегирована законом, указом Президента РФ или постановлением Правительства РФ. При этом если правовым актом установлена правотворческая компетенция ведомства на принятие конкретного правового акта, оно обязано его принять. Особая ситуация лишь с ЦБ РФ, так как функции и полномочия, предусмотренные Конституцией РФ и Законом о Центральном банке РФ, Банк России осуществляет независимо от других федеральных органов государственной власти (часть вторая ст. 1 Закона о Центральном банке РФ).

В судебной практике имеются примеры, когда признается незаконным акт министерства, который устанавливает гражданско-правовое регулирование (коэффициенты к плате за негативное воздействие на окружающую среду), притом что такое регулирование вышестоящим актом ему делегировано не было (Определение ВС РФ от 8 апреля 2008 г. № КАС08-101/113).

Спорной является возможность последующего делегирования. Что, если закон делегирует принятие правовых норм по тому или иному вопросу Правительству РФ, а оно принимает постановление, которое устанавливает определенные правила по данному вопросу, но по части некоторых вопросов делегирует правотворческую компетенцию тому или иному министерству? Если соответствующий закон наделяет Правительство РФ компетенцией дальнейшего делегирования, вопрос снимается, и такая практика может считаться правомерной. Но что, если такой оговорки в законе нет? Ранее в судебной практике не санкционированное в законе последующее делегирование ставилось под сомнение (определения Кассационной коллегии ВС РФ от 13 июня 2002 г. № КАС02-253, от 15 мая 2003 г. № КАС03-167).

В ряде случаев такое последующее делегирование прямо запрещено законом. Так, например, Правительство РФ не вправе поручать федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей (п. 2 ст. 1 Закона о защите прав потребителей). Но и при отсутствии такого специального запрета последующее делегирование, не санкционированное законом, сомнительно.

### **(к) Нормотворческая инфляция**

Относительно недавняя история состояния советского гражданского законодательства характеризовалась чрезвычайной избыточностью

подзаконных актов. Сейчас эта проблема только усугубилась. Бурная нормотворческая активность законодателя и других правотворческих органов, которым законодатель все чаще делегирует правотворческую компетенцию, привела не к повышению качества правовых институтов, а к гиперинфляции норм вообще и норм гражданского права в частности.

Вопрос о том, насколько оправданно столь обширное и детализированное нормативное регулирование именно гражданских отношений, должен составлять предмет отдельного и весьма скрупулезного исследования. С одной стороны, в определенной степени этот процесс неизбежен и детерминирован усложнением социальных отношений, утратой обычаями статуса основного регулятора и рядом иных объективных причин. С другой — не менее ясно, что избыточное регулирование (особенно когда оно оказывается некачественным) нередко не снижает правовую неопределенность, а усугубляет ее, влечет существенные издержки как для бизнеса, так и для всего общества, создает почву для неизбежных нарушений многочисленных, порой весьма казуистичных, не согласованных между собой и неясных по содержанию норм и служит, увы, прекрасным инструментарием для коррупции. На уровне законов и иных актов нередко пытаются урегулировать мельчайшие подробности экономической деятельности всех субъектов гражданского права во всех отраслях, но профессиональной компетенции, времени и стимулов делать это качественно, с привлечением широкого круга экспертов, согласованием спорных аспектов с затронутыми данным регулированием участниками оборота и с просчетом всех возможных регуляторных последствий явно не хватает. В итоге экспансия писаного права развивается под лозунгом «Больше, но хуже».

Болезненный юридический позитивизм и заикленность на контроле в современной российской правовой культуре являются следствием нашей политической традиции, привычки государства последовательно подавлять чувство свободы в своих гражданах, порождать недоверие к перспективам саморегуляции гражданского общества, непонимание и недооценку феномена судебного правотворчества и ряда иных факторов. В России все это усугубляется низким качеством самого регулирования, растущим, но все еще невысоким уровнем научного осмысления проблем гражданского права и общим упадком юридического образования, отсутствием веры в справедливый суд и всепроникающей коррупцией. Такова сейчас подлинная картина состояния гражданского законодательства.

**(л) «Горизонтальные» коллизии между законами или иными актами одного уровня иерархии**

Комментируемая статья не решает проблемы противоречия норм одного закона другому или норм иного правового акта нормам правового акта того же уровня иерархии.

Есть ряд неписаных, но общепринятых и широко применяемых в судебной практике коллизионных правил разрешения таких коллизий.

Во-первых, это правило, согласно которому более специальная норма имеет приоритет над более общей (*lex specialis derogat generali*). Специальность определяется характеристикой частного случая, который хотя и относится к тому же роду социального отношения, что покрыт гипотезой общей нормы, но представляет его разновидность, которая оказалась правотворцу заслуживающей отдельного, специального регулирования. Типичным примером могут выступать общий и специальные сроки исковой давности.

Во-вторых, это правило, в силу которого более поздняя норма автоматически отменяет противоречащую ей старую норму, даже если в новом правовом акте не сказано об отмене действия прежней нормы (*lex posterior derogat priori*).

При этом нередко сталкиваются две нормы внутри одного и того же закона: здесь принцип *lex posterior* также должен действовать. Так, например, в связи с реформой ГК РФ ст. 364 ГК РФ была дополнена новым п. 5, согласно которому ограничение права поручителя на выдвижение возражений, которые мог бы представить должник, не допускается, а соглашение об ином ничтожно. Между тем в данной статье остался неизменным п. 1, согласно которому, в частности, поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, *если иное не вытекает из договора поручительства*. Из последнего законоположения следует, что возражения поручителя могут быть ограничены договором, что коллидирует с приведенным положением нового п. 5 этой статьи. Применяв здесь метод *lex posterior derogat priori*, получаем, что императивная норма п. 5 как более поздний закон имеет преимущество перед диспозитивной нормой п. 1 и, следовательно, ограничение возражений поручителя не допускается.

При определении даты более позднего или более раннего закона следует руководствоваться частью первой ст. 2 Федерального закона от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания», согласно которой датой принятия федерального закона считается день принятия его Госу-



дарственной Думой в окончательной редакции. Волю законодателя с содержательной стороны формирует именно Государственная Дума, а другие государственные органы – Совет Федерации и Президент РФ – подтверждают в установленной процедуре парламентское решение. Брать за основу даты принятия, а не даты вступления в силу соответствующих норм очень логично, так как нас интересует момент изъясления правотворческой воли законодателем, а не момент вступления этой законотворческой воли в силу.

Несмотря на то что принятие законов, противоречащих другим, более ранним законам, без одновременного изменения последних является нарушением юридической техники, таковые нарушения, особенно в современных условиях, неизбежны, а потому правопорядок и нуждается в приведенном методе разрешения коллизий.

Впрочем, проблема возникает тогда, когда правила *lex specialis* и *lex posterior* вступают в конфликт. Речь идет об очень распространенной ситуации, когда более новая норма является одновременно и более общей. КС РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П в отношении данной коллизии указал следующее: «В отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило «*lex posterior derogat priori*» («последующий закон отменяет предыдущие»), означающее, что, даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений». Последний пассаж свидетельствует в пользу приоритета принципа *lex specialis* над принципом *lex posterior* при их конфликте. Об одном возможном исключении из этого правила см. п. «м» комментария к настоящей статье.

То же по аналогии должно касаться и столкновения двух этих коллизионных правил в контексте норм, установленных в иных правовых актах одного уровня иерархии.

#### **(м) Особый статус ГК РФ**

В абзаце втором п. 2 комментируемой статьи предпринята попытка придать нормам ГК РФ большую юридическую силу, нежели нормам иных федеральных законов. В силу ч. 3 ст. 76 Конституции РФ положения ГК РФ не могут получить приоритет над положениями федеральных конституционных законов, поэтому комментируемая норма может распространяться лишь на коллизию между ГК РФ и положениями обычных федеральных законов.

Долгое время по поводу этой нормы в российской науке и судебной практике были разночтения, которые сохраняются и поныне. Суть проблемы в том, что Конституция РФ не предусматривает иерархию внутри федеральных законов (один из которых не является федеральным конституционным законом), а ГК РФ принимается не федеральным конституционным, а обычным федеральным законом.

При этом по сути конституционный вопрос встает не только в отношении ГК РФ. Аналогичные нормы о приоритете норм отраслевого кодекса над правилами других законов, регулирующих отношения в данной области права, имеются, например, в ТК РФ (ст. 5), ЖК РФ (ч. 8 ст. 5), УПК РФ (ч. 1 и 2 ст. 7), ЗК РФ (п. 1 ст. 2). Очевидно, что вопрос является универсальным и должен решаться одинаково.

С одной стороны, некоторые ученые и суды исходили из того, что эта своего рода коллизионная норма при «горизонтальной коллизии» общих норм кодекса и иных (даже специальных или более поздних) федеральных законов отдает приоритет нормам кодекса. Такое решение превращает кодекс (в данном случае – ГК РФ) в своего рода источник высшей юридической силы по отношению к иным федеральным законам в сфере данной отрасли права.

С другой стороны, иные ученые и суды высказывали сомнения в том, что норма одного федерального закона, пусть и названного кодексом, может с точки зрения конституционного права закрепить приоритет этого кодифицированного закона над другими федеральными законами в отступление об общеправовых принципов толкования конфликтующих норм законов. К последним, как уже указывалось, относятся приоритет специальных норм над общими (*lex specialis derogat generali*) и приоритет более позднего закона над более старым (*lex posterior derogat priori*). И действительно, комментируемая норма настоящей статьи не вполне стыкуется с ч. 3 ст. 76 Конституции РФ, в которой установлено, что федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам, но ничего не сказано о возможном приоритете одного ординарного закона над другим. Отсюда делается вывод о том, что кодифицированные акты, которые принимаются также в форме федеральных законов, не имеют большей юридической силы по отношению к некодифицированным законодательным актам.

Практика КС РФ и других высших судов по данному вопросу несколько противоречива.

Так, в [Определении](#) КС РФ от 3 февраля 2000 г. № 22-О указывалось, что «[п]ротиворечия... между ГК Российской Федерации и другими федеральными законами... должны устраняться в процессе пра-

воприменения, так как Конституцией Российской Федерации не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае — федеральных законов. Ни один федеральный закон в силу статьи 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой». Та же позиция озвучивалась КС РФ и в Определении от 5 ноября 1999 г. № 182-О.

Но тот же КС РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П пришел к выводу о конституционности норм п. 1, 2 ст. 7 УПК РФ, устанавливающих приоритет норм УПК РФ перед уголовно-процессуальными нормами, закрепленными в иных федеральных законах. Как указал КС РФ, «федеральный законодатель — в целях реализации конституционных принципов правового государства, равенства и единого режима законности, обеспечения государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в сфере уголовной юстиции, — кодифицируя нормы, регулирующие производство по уголовным делам, вправе установить приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед иными федеральными законами в регулировании уголовно-процессуальных отношений». В практике КС РФ имеются определения, в которых он признавал конституционность такой иерархии и применительно к аналогичным нормам о приоритете положений кодифицированного акта над нормами иных законов, которые встречаются в ряде других кодексов (например, применительно к п. 8 ст. 5 ЖК РФ в Определении КС РФ от 9 февраля 2017 г. № 215-О).

Этот подход позволяет допустить, что теоретически аналогичное решение может быть выведено и в отношении проблемы «горизонтальной коллизии» в рамках гражданского законодательства. Приоритет ГК РФ был также признан в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 14, а также в ряде достаточно старых определений ВС РФ (определения СКГД ВС РФ от 16 мая 1997 г. № 93-Г97-2, от 2 ноября 1999 г. № 5-Г99-86, от 7 марта 2000 г. № 5-Г00-23).

Но полной ясности по данному вопросу до сих пор нет. Сама практика КС РФ не вполне устойчива. Например, несмотря на свое Постановление от 29 июня 2004 г. № 13-П в отношении УПК РФ, в ряде более поздних определений КС РФ допускал те или иные исключения, в которых нормы иных законов могут приобретать приоритет над положениями УПК РФ (см. определения КС РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О, от 2 марта 2006 г. № 54-О, от 16 ноября 2006 г. № 454-О).

Этот вопрос всегда был болезненным, так как порождал фундаментальную неопределенность в вопросе о применимых нормах в усло-

виях, когда множество специальных законов вводит регулирование тех или иных специфических отношений в отступление от общих норм соответствующего кодекса. Применительно к гражданскому праву он остается острым и до сих пор (например, в отношении вопросов договорного, вещного права и т.п.).

Какой точки зрения логично придерживаться по поводу толкования комментируемого пункта настоящей статьи о приоритете ГК РФ? Эта норма вовсе лишена смысла и не имеет юридической силы в связи с противоречием Конституции РФ? Или все-таки иерархическое подчинение всех иных гражданских законов тексту ГК РФ (если обратное прямо не указано в ГК РФ) можно признать конституционно допустимым решением даже тогда, когда иной закон принимался после ГК РФ или носит специальный характер?

Можно предложить следующее толкование. Конституция РФ не предопределяет соотношение кодифицированных и некодифицированных законодательных актов, но и не лишает законодателя свободы усмотрения в установлении такой иерархии среди различных типов закона, как то прямо и признано в Постановлении КС РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П применительно к УПК РФ. Соответственно, мы склоняемся к тому, чтобы признать приоритет норм ГК РФ над другими законами в области гражданского права (если только сам закон не делает выбор в пользу инверсии иерархии). В практическом плане это может несколько снизить степень законотворческой энтропии, которая характерна для современных российских реалий, обеспечить некоторую степень стабильности и стройности регулирования. Но здесь следует сделать одну важную оговорку.

Суть ее в следующем: следует различать прямое противоречие норм ГК РФ и иного закона, с одной стороны, и установление на уровне иного закона специальной нормы, которая не противоречит норме ГК РФ напрямую, а вводит какое-то исключение из общего правила, его конкретизацию, установление каких-либо условий реализации общего правила и т.п., с другой стороны. В первом случае прямого, «лобового» противоречия такой конфликт следует разрешать за счет примата норм ГК РФ. Во втором же случае следует допустить приоритет специальной нормы в силу известного принципа *lex specialis derogat generali*. Человечество не способно создавать универсальные правила высокого уровня абстрактности, которые не требовали бы исключения для случаев, отличающихся от обычных. Поэтому специальное законодательное регулирование объективно необходимо. Соответственно, действие принципа *lex specialis derogat generali* пригодно там, где применение общего правила ГК РФ повлекло бы для особого случая несправедливый результат.

Если же федеральным законом устанавливаются противоречащие ГК РФ правила для случая, ничем существенно не отличающегося от общего случая, следует констатировать несоблюдение комментируемой нормы и применять соответствующую норму ГК РФ. Это касается тех случаев, когда такая норма принимается законодателем после появления соответствующей нормы ГК РФ, с которой эта норма иного закона вступает в прямое столкновение. Если же норма ГК РФ появляется позже, вопрос снимается, в принципе, и без обращения к комментируемому положению настоящей статьи: здесь новая норма ГК РФ просто исключает противоречащую ей норму другого закона в силу принципа *lex posterior*.

Но иногда законодатель прямо снимает остроту этого вопроса, указывая в ГК РФ, что его положения применяются, если иное не установлено в иных законах, т.е. осуществляет инверсию этой спорной, но отраженной в комментируемой статье иерархии. Так, например, норма, закрепленная в 2015 г. в п. 1 ст. 307.1 ГК РФ, однозначно признает приоритет норм специальных законов, регулирующих отдельные виды договорных обязательств, над общими положениями обязательственного права. Соответственно, в области обязательственного права приоритет специальных законов, видимо, не должен вызывать сомнений в ситуации, когда норма такого специального закона принята позже конфликтующей с нею общей нормы обязательственного права. Тут принцип *lex specialis* и принцип *lex posterior* приводят к одному и тому же результату.

Более сложная ситуация возникает тогда, когда более поздней является закрепленная в ГК РФ общая норма обязательственного права, а более старой является норма некоего специального закона. Эта проблема стала особенно острой после реформы норм обязательственного права ГК РФ летом 2015 г., которая нередко не сопровождалась внесением корреспондирующих правок во множество федеральных законов об отдельных видах договоров. Такие нормы принятых ранее специальных законов нередко в свое время просто дублировали действовавшие на тот момент общие положения об обязательствах, но после реформы общей части обязательственного права в ГК РФ вступили в конфликт с некоторыми обновленными общими нормами. Иначе говоря, здесь принципы *lex specialis* и *lex posterior* начинают между собой конфликтовать. Как уже отмечалось в п. «л» комментария к настоящей статье, КС РФ в [Постановлении](#) от 29 июня 2004 г. № 13-П в отношении данной коллизии указал, что при столкновении двух этих коллизионных правил приоритет имеет правило *lex specialis*.

Эта проблема существует, например, в отношении ипотеки. Пункт 4 ст. 334 ГК РФ однозначно закрепляет приоритет норм Закона об ипотеке при их столкновении с общими правилами ГК РФ о залоге. Но в 2014 г. общие правила о залоге были кардинально реформированы, а Закон об ипотеке не был приведен в соответствие с правилами ГК РФ. Получается, что более новые нормы являются более общими и, в соответствии с подходом КС РФ, в данной ситуации побеждают нормы более старого, но при этом более специального Закона об ипотеке, раз уж в ГК РФ предписана инверсия иерархии.

Та же проблема и в корпоративном праве. После обновления норм ГК РФ о юридических лицах в 2014 г. положения многих принятых ранее специальных законов об отдельных видах юридических лиц не были приведены в соответствие с новеллами ГК РФ, и сейчас в этой области возникает множество коллизий. При этом п. 4 ст. 49 ГК РФ гласит, что «[о]собенности гражданско-правового положения юридических лиц отдельных организационно-правовых форм, видов и типов, а также юридических лиц, созданных для осуществления деятельности в определенных сферах, определяются настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами». Тем самым ГК РФ отдает приоритет специальным законам.

Однозначной ясности в этом вопросе до сих пор нет. Встречается точка зрения, что в случае подобных коллизий суды могут разрешать их ситуативно на основе анализа целей более поздней законодательной реформы, здравого смысла, конституционных или иных соображений.

В целом представляется логичным исходить из того, что в тех случаях, когда ГК РФ прямо указывает на инверсию соотношения ГК РФ и специальных норм других законов, последние имеют приоритет даже тогда, когда в ГК РФ появляется новая общая норма. Исключение, которое может обсуждаться, проявляется тогда, когда более старая специальная норма закона в свое время дублировала действовавшую в тот период общую норму ГК РФ: в такой ситуации есть аргументы в пользу того, чтобы на основе системного и телеологического толкования в отступление от общего принципа при изменении впоследствии общей нормы ГК РФ применять именно последнюю.

#### **(н) Особый порядок внесения поправок в ГК РФ**

Норма п. 2.1 комментируемой статьи, которой изначально не было в ГК РФ, является очень необычной, даже если не оценивать казуистические «достоинства» ее юридической техники. Таким образом, законодатель как бы ограничивает сам себя, не допуская изменения ГК РФ никакими другими законами, кроме как специально приняты-

ми для соответствующего изменения. Иначе говоря, комментируемое положение запрещает известную практику внесения одним законом поправок одновременно как в ГК РФ, так и в другие федеральные законы. Правильно ГК РФ нужно за счет принятия отдельного закона.

Появление данной нормы, видимо, является следствием неудовлетворительного состояния законотворческого процесса. В стремительном потоке законопроектов лица, влияющие на содержание законов, могут и пропустить важное изменение в ГК РФ, «растворенное» в обычно весьма многословном тексте законопроекта, касающегося внесения поправок в какие-то иные законы. Попросту говоря, инициаторы принятия закона в условиях современных регламентов могли незаметно провести нежелательную для других лиц поправку в ГК РФ, включив ее в законопроект, касающийся каких-либо посторонних вопросов, к которым нередко приковывается куда меньшее внимание. Кроме того, исходный законопроект нередко вообще не содержал никаких предложений по внесению правок в ГК РФ, и такие дополнения порой вносились в него незаметно ко второму чтению. Вместо того чтобы остановить избыточное и все возрастающее создание все новых и новых законов, усовершенствовать сейчас порой непрозрачный процесс внесения и обсуждения поправок, обеспечить профессиональную и обстоятельную экспертизу содержания предлагаемых изменений нормативного регулирования, законодатель в рамках комментируемой нормы принимает паллиативное решение, не способное коренным образом исправить причину проблемы, а направленное на смягчение ее остроты.

Данная норма если и имеет право на существование (что сомнительно), то в любом случае гражданские отношения она не регулирует, и ей не место в ГК РФ. Более того, названная норма ставит под сомнение силу закона, если он окажется все же принятым с нарушением данного правила. Такие случаи уже имеются, например Федеральный закон от 28 марта 2017 г. № 39-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Хотя он и был внесен в Госдуму до появления комментируемой нормы ГК РФ, но был принят Госдумой в нарушение уже действующего запрета на принятие закона, вносящего одновременно поправки в ГК РФ и иные законы.

Но встречаются случаи, когда комментируемая норма нарушается за счет принятия закона, внесенного в Госдуму уже после ее появления (Федеральный закон от 18 июля 2019 г. № 177-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и статьи 1 и 231 Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спирт-

тосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции»»). Остается предположить, что Госдума либо просто периодически игнорирует комментируемое правило, либо считает возможным толковать его творчески – таким образом, что оно оказывается запрещающим включение поправок в ГК РФ во втором чтении в рамках законопроекта, который изначально был направлен на принятие или обновление какого-то иного закона, но не запрещающим принятие закона, который а) изначально, на этапе внесенного законопроекта, предлагал поправки как в ГК РФ, так и в другие законы или б) изначально касался реформы ГК РФ, а поправки в другие законы были добавлены в него позднее, ко второму чтению. Такое прочтение к букве комментируемой нормы отношения не имеет, а его целесообразность может вызывать споры.

В любом случае, поскольку комментируемое законоположение по существу представляет собой регламентную норму, адресованную участникам законотворческого процесса, ее нарушение не влияет на юридическую силу принятого в противоречии с данной нормой закона. Речь можно вести об оценке профессионального уровня нарушителей с выводами, в основном лежащими за пределами предмета гражданского права. При обнаружении нарушения в еще не завершенном законодательном процессе соответствующий законопроект должен быть снят с рассмотрения.

### **(о) Действие и применение указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ**

В п. 6 ст. 3 ГК РФ установлено, что действие и применение норм гражданского права, содержащихся в указах Президента РФ или постановлениях Правительства РФ, определяются правилами гл. 1 ГК РФ. Из этого, в частности, следует, что названные акты подчинены правилам действия гражданского законодательства во времени (ст. 4). Кроме того, если обычай противоречит названным актам, он не подлежит применению (п. 2 ст. 5 ГК РФ). Пробелы в этих актах также заполняются по аналогии и посредством иных инструментов, указанных в ст. 6 ГК РФ. Наконец, примат международного права должен распространяться и на указы Президента РФ и постановления Правительства РФ (ст. 7 ГК РФ).

Надо заметить, что на эти акты распространяются не только правила комментируемой главы, но и по умолчанию вообще все правила, выработанные в праве в отношении нормативных актов. Например, юридические методы разрешения коллизий законодательных актов (*lex specialis derogat generali* и *lex posterior derogat priori*).



Легко заметить, что комментируемый пункт распространяется только на указы Президента РФ и постановления Правительства РФ – акты иных федеральных органов власти (п. 7 ст. 3 ГК РФ) им буквальным образом не охватываются. Является ли это квалифицированным умолчанием законодателя, или мы имеем дело с пробелом? Каких-либо теоретических или прагматических причин не подчинить действие норм гражданского права, содержащихся в актах федеральных органов исполнительной власти или ЦБ РФ, правилам гл. 1 ГК РФ не усматривается. Поэтому на такие акты также должны распространяться нормы этой главы о действии и применении норм гражданского права. Данный вывод может быть обоснован либо расширительным толкованием комментируемой нормы, либо применением соответствующих положений гл. 1 ГК РФ по аналогии закона.

#### **(п) Понятие «иные правовые акты»**

В п. 6 комментируемой статьи недвусмысленно указано, что далее по тексту ГК РФ указы Президента РФ и постановления Правительства РФ именуются как «иные правовые акты». Но рассматриваемая норма не упоминает в числе иных правовых актов нормативные правовые акты, принимаемые министерствами и ведомствами, а также по сути приравненные к ним в этом аспекте нормативные правовые акты Центрального банка РФ. Требуется ли здесь расширительное толкование, или мы имеем дело с квалифицированным умолчанием?

Этот вопрос может иметь важное практическое значение. Например, согласно п. 1 ст. 422 ГК РФ договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и «иными правовыми актами» (императивным нормам), действующим в момент его заключения. А согласно ст. 168 ГК РФ недействительными являются или признаются сделки, противоречащие законам или «иным правовым актам».

Таких норм, которые упоминают иные правовые акты, в ГК РФ очень много. Поэтому важно определиться, охватывает ли упоминание в ГК РФ или ином законе иного правового акта и правотворческие акты министерств или ведомств (а также ЦБ РФ), принятые в рамках делегированного правотворчества (т.е. принятые во исполнение и в соответствии с положениями федеральных законов, указов Президента РФ или постановлений Правительства РФ).

В ряде случаев закон этот вопрос прямо решает. Например, п. 4 ст. 426 ГК РФ указывает, что «[в] случаях, предусмотренных законом, Правительство Российской Федерации, а также уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполни-

тельной власти могут издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров ( типовые договоры, положения и т.п.)». А согласно п. 5 данной статьи условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным ее п. 4, ничтожны.

Но что, если закон говорит об иных правовых актах и при этом ведомственные акты не упоминает?

Если с точки зрения буквы п. 6 ст. 3 ГК РФ под иными правовыми актами понимаются лишь постановления Правительства РФ и указы Президента РФ, то с точки зрения обычного русского языка в случае с нормативными правовыми актами министерств, ведомств и ЦБ РФ, безусловно, речь также идет о правовом акте, а поскольку этот акт не законодательный, о нем можно вполне говорить как об ином правовом акте.

Отсутствие в п. 6 настоящей статьи упоминания нормативных правовых актов министерств и ведомств в качестве актов, к которым подлежат применению правила гл. 1 ГК РФ о применении и действии норм гражданского права, должно рассматриваться как просто упущение, и положения гл. 1 ГК РФ необходимо применять к нормативным правовым актам министерств и ведомств, содержащим нормы гражданского права. Но следует ли идти дальше и в принципе считать, что законодатель по ошибке в комментируемой норме заузил понятие «иной правовой акт», и, следовательно, любое упоминание «иных правовых актов» далее по тексту ГК РФ нужно воспринимать как отсылку не только к постановлениям Правительства РФ и указам Президента РФ, но и к принятым в пределах делегированной правотворческой компетенции нормативным правовым актам министерств и ведомств, а также ЦБ РФ?

Этот вопрос достаточно дискуссионен. В практике ВС РФ можно встретить позицию, отвергающую такое расширенное понимание «иного правового акта» (например, Решение ВС РФ от 19 мая 2003 г. № ГКПИ2003-353, Определение ВС РФ от 26 августа 2003 г. № КАС03-391). Может показаться странным проявлять в этом вопросе такую принципиальность, если сам ГК РФ допускает принятие нормативных правовых актов министерствами и ведомствами, когда им такую правотворческую компетенцию делегируют вышестоящие источники позитивного права. Нет полной уверенности, что авторы тех сотен норм ГК РФ, в которых упомянуты иные правовые акты, имели в виду исключить принятые в рамках делегированной компетенции нормативные правовые акты министерств и ведомств. Но вместе с тем некоторая жесткость в этом вопросе может ограничить распро-

странение практики делегирования правотворческой компетенции министерствам и ведомствам.

При этом, как уже не раз отмечалось, в любом случае акты министерств и ведомств, а также ЦБ РФ могут устанавливать правовые нормы и являться правовыми актами только в тех случаях, если данным органам правотворческую компетенцию по конкретному вопросу делегирует закон или иной вышестоящий в иерархии правовой акт.

В то же время в тех случаях, когда ГК РФ или иной закон говорят об иных правовых актах, речь не может идти о правовых актах, принимаемых субъектами РФ или муниципалитетами, так как гражданское право отнесено к ведению Российской Федерации (см. п. «а» комментария к настоящей статье). Обратное может иметь место только тогда, когда законодатель прямо делегирует субъекту РФ правотворческую компетенцию по тому или иному вопросу, но сама конституционность такой делегации – вопрос спорный (см. подробнее п. «б» настоящего комментария).

#### **(р) Иные источники гражданского права**

Комментируемая статья устанавливает источники позитивного гражданского права. Но этот перечень оказывается неисчерпывающим. Помимо Конституции РФ есть еще международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права, которые как источники гражданского права упомянуты в ст. 7 ГК РФ и которые имеют приоритет над иными источниками гражданского права, кроме Конституции РФ (см. подробнее комментарий к ст. 7 ГК РФ).

Также к источникам гражданского права относятся обычаи, которые являются самым слабым источником права, применяемым в той степени, в которой тот или иной вопрос не урегулирован в иных источниках позитивного права, если только положение такого вышестоящего в иерархии источника не объявляет инверсию и не отдает приоритет обычаю (ст. 5 ГК РФ).

#### **(с) Судебная практика национальных судов**

Огромную роль в развитии российского гражданского права играет судебная практика. Без учета массива такой практики ориентироваться в российском частном праве попросту невозможно. Заключение юристов по вопросу права не могут обойтись без анализа судебной практики; редкий иск или отзыв на иск обходятся без цитирования правовых позиций высших судов. То же характерно и для всех других развитых правопорядков, независимо от того, являются ли они основанными на прецедентном праве или принадлежат к континентально-

европейской правовой традиции. Судебная практика высших судов кристаллизует принципы гражданского права и обнаруживает новые формы и направления их применения, проясняет смысл спорных норм законов, иногда закрепляет такое толкование этих норм, которое невозможно при всем желании вывести из их буквального смысла, но исключает абсурдные и крайне несправедливые последствия буквального прочтения закона, а также восполняет многочисленные пробелы и противоречия в позитивном праве.

Потребность в таком инструменте развития гражданского права с каждым годом все возрастает, так как повышаются разнообразие и интенсивность экономических и социальных отношений. Рыночный характер экономики, диспозитивность и автономия воли лишь ускоряют эти процессы. Невиданная ранее социально-экономическая и культурная динамика, научно-технический прогресс набрали такие скорости, что никакой законодатель не в состоянии поспевать за этими изменениями. Он пытается отвечать на данные вызовы, делегируя правотворческие функции органам исполнительной власти, но и те не способны обеспечивать нужную динамику правотворчества в целях восполнения пробелов в иных источниках права. Кроме того, та же социально-экономическая динамика, а также снижающееся качество законов постоянно вскрывают противоречия и неясности в регулировании и провоцируют обновление прежних взглядов на смысл писанных норм в свете новых условий и воззрений. Поэтому делегирование судам задачи по формулированию правовых позиций по вопросам восполнения пробелов и толкования иных источников права оказывается феноменом абсолютно неизбежным.

Повсеместно феномен судебного правотворчества, пробивающий себе дорогу в форме толкования законов и восполнения пробелов в них или в иных формах, выступает как один из ключевых рычагов развития национального гражданского права. Законы («право в книгах») могут не меняться столетиями (например, ГК Франции датируется 1804 г., а Гражданское уложение Австрии — 1811 г.), но частное право в том виде, в котором оно реально применяется судами («право в действии»), может меняться за этот период несколько раз вслед за изменениями в подходах судов к интерпретации законов и восполнению пробелов в них.

В большинстве развитых стран судебная практика развивает право индуктивно и эволюционно, находясь в постоянном диалоге с национальной правовой наукой. Часто в судебной практике проводится в жизнь та или иная доминирующая в науке точка зрения, но иногда высшие суды осуществляют полноценные революции в догматике

частного права, отвергают наработки ученых и сами стимулируют развитие новых научных воззрений.

Различия между англосаксонской и континентально-европейской правовыми традициями возникают лишь в технических вопросах в отношении стилей и путей судебного правотворчества, а также в признании официального формального статуса таких правовых позиций как источников права.

В странах англосаксонского права правовые позиции, высказанные вышестоящим судом при рассмотрении конкретного спора и являющиеся необходимым основанием для вынесения решения (*ratio decidendi*), приобретают значение прецедентов и формального источника права. Такую правовую позицию нижестоящий в иерархии суд обязан применять по аналогичным делам именно как правовую норму (*stare decisis*) до тех пор, пока либо тот же суд, который прецедент создал, не изменит свою практику (*overruling*), либо эту правовую позицию не опровергнет суд, находящийся выше в иерархии, либо не вмешается законодатель, который не связан прецедентом и может установить обратную норму закона, имеющую большую силу, чем любой прецедент. Формальная обязательность прецедентов как официальных источников права в этих странах сформировалась постепенно, в историческом масштабе относительно недавно и чаще всего ни в одном статуте не закреплена, являясь, скорее, обычным воззрением.

Но в реальности нижестоящие суды в таких странах имеют широкие возможности избежать применения прецедента. Сама прецедентная правовая позиция нередко требует интерпретации и далеко не всегда выражается абсолютно ясно и четко (особенно если эта позиция не представляет собой то или иное толкование закона), поэтому во многом то, что признается *ratio decidendi* в конкретном прецедентном решении вышестоящего суда, является результатом последующей интерпретации текста данного решения судами нижестоящими. При этом фактические обстоятельства дел всегда различаются, и нижестоящий суд, обнаружив в новом деле какую-то важную особенность (наличие какого-то обстоятельства, которого не было в прецедентном деле, или, наоборот, отсутствие какого-то обстоятельства, которое присутствовало в прецедентном деле), которую он считает принципиальной, вправе попытаться вывести новое дело из-под формального действия прецедента за счет «отличения фактуры» (*distinguishing*) споров и сформулировать новую правовую позицию, претендующую, например, на статус исключения из прецедентного правила. Нередко при неудачности прецедента постепенно формируется такое количество исключений, что сама роль прецедентной

правовой позиции низводится до нуля прежде, чем сам прецедент будет окончательно отменен.

В рамках континентально-европейской правовой традиции правовые позиции вышестоящего суда (обычно здесь речь идет лишь об актах высшего суда в соответствующей судебной иерархии) не обладают статусом формального источника права, но носят фактически связывающий нижестоящие суды характер. Нижестоящие суды в большинстве случаев следуют таким позициям по аналогичным делам в силу авторитета высшего суда и нежелания столкнуться с отменой собственного решения. При этом в странах, в которых в высший суд передаются на пересмотр все или практически все дела, по которым подаются соответствующие жалобы, и нет системы произвольной селекции дел для пересмотра (например, Франция), высший суд в лице соответствующих коллегий выносит тысячи, а в некоторых странах и десятки тысяч решений. Правовая аргументация в таких решениях обычно не носит подробный характер, а сами решения нередко вступают в противоречие между собой. Поэтому на роль правовой позиции, которую нижестоящие суды начинают воспринимать в качестве ориентира для своей практики, здесь обычно претендует устойчивая судебная практика высшего суда, т.е. правовая позиция, которая неоднократно повторяется в актах высшего суда (*jurisprudence constante*). В тех же странах, в которых высший суд сам управляет своей нагрузкой и отбирает дела для пересмотра по собственному усмотрению из потока жалоб (например, Германия), высший суд отбирает в основном такие дела, которые ставят важный вопрос права и рассмотрение которых позволит сформировать некую правовую позицию (по вопросу толкования закона или восполнения пробелов в нем), способную внести правовую определенность и унифицировать судебную практику. Здесь высший суд выносит не так много судебных актов, но каждый из них обычно достаточно подробно аргументирован, нижестоящие суды не ожидают множества однотипных актов высшего суда по одному и тому же вопросу права, и поэтому одного судебного акта, в котором четко отражена некая правовая позиция, обычно достаточно, чтобы нижестоящие суды разглядели позицию высшего суда и стали воспринимать ее как авторитетное высказывание, являющееся ориентиром.

При этом различие между англосаксонской и континентально-европейской традициями не стоит преувеличивать. Как отмечают многие компаративисты, различия носят, скорее, стилистический и терминологический характер, поэтому вопрос о том, признается в стране прецедент как формальный источник права или нет, не столь принципиален. На самом деле в практическом плане не столь важно, применяются

ли правовые позиции высшего суда в силу их формального статуса в качестве источника права (англосаксонская традиция) или в силу институционально-иерархических соображений (континентально-европейская). Иногда отмечается, что в реальности степень связанности нижестоящего суда правовыми позициями высшего суда в странах прецедентного права и странах континентально-европейской правовой традиции не сильно различается. Как бы то ни было, везде судебная практика высшего суда оказывает колоссальное влияние на развитие права. Целые области частного права таких стран, как Франция или Германия, созданы в судебной практике с нуля без какой-либо опоры в законе, а нередко даже вопреки буквальным положениям гражданского законодательства. Практикующие юристы в любой стране вынуждены ориентироваться в тысячах правовых позиций национальных высших судов, правовая наука их пытается систематизировать, юридическая общественность интенсивно обсуждает, а процессуальные документы сторон активно используют ссылки на судебную практику.

Важнейшее значение судебной практики высшего суда в соответствующей стране предопределяется тем, что без прояснения вопросов толкования противоречащих друг другу и неясных норм закона и определения «правил игры» в зоне пробела в законе каждый судья будет решать данные вопросы права по-своему, а это приводит к рассогласованности судебной практики, снижает правовую определенность и мешает участникам оборота адекватно предсказывать исходы судебных тяжб и осознавать свои права и обязанности, создает условия для коррупции и административного влияния. Пренебрежение высшим судом задачей унификации судебной практики значительно снижает предсказуемость, а следовательно, защищенность прав и инвестиционную привлекательность национальной юрисдикции. Если инвестор, который и без того сталкивается с несовершенным качеством и часто бессистемными правками законодательства, не может просчитать еще и риски того или иного толкования законов и восполнения пробелов в нем, так как юристы цитируют ему прямо противоречащие друг другу по данному вопросу права судебные акты разных судов, ему намного сложнее решаться на долгосрочные инвестиции и любые бизнес-проекты, не связанные с извлечением ренты и краткосрочной спекуляцией.

Кроме того, разноречивой в судебной практике, когда одни и те же правовые вопросы решаются в разных регионах и разными судами диаметрально противоположным образом, подрывает конституционный принцип равенства всех перед лицом закона и права, а также идею отнесения гражданского законодательства к предметам исключитель-

ного ведения Российской Федерации. При отсутствии единообразия судебной практики по вопросам права одна и та же норма ГК РФ может годами и десятилетиями применяться по-разному в разных регионах, что затрудняет внутреннюю торговлю и разрывает единство экономического и правового пространства.

Вместе с тем развитие и унификация судебной практики создают условия для более продуманного законотворчества, которое может опираться на прошедшие проверку временем наработки судебной практики.

К тому же качество правовой системы сейчас в глазах общества и предпринимателей во многом зависит от того, какое лицо у судебной системы вообще и у высшего суда в особенности. Открытость современного мира позволяет людям сравнивать профессиональный уровень судебной практики в разных странах и таким образом оценивать уровень правового государства. Правоприменительный хаос и отсутствие правовой определенности в судебной практике — один из важнейших признаков низкого качества правовой системы.

С учетом всех этих и ряда иных факторов в любой развитой стране ключевая задача высшего суда состоит в том, чтобы за счет выполнения функции пересмотра судебных решений нижестоящих судов унифицировать национальную судебную практику, обеспечивать единообразие в разрешении вопросов права (в том числе толкования законов и восполнения пробелов в нем) и тем самым в конечном итоге способствовать развитию права. Сама задача обеспечения правосудия также важна, но, во-первых, исправлять ошибки можно бесконечно — их может допустить и высший суд, а во-вторых, у высшего суда нет ресурсов исправлять все ошибки нижестоящих судов в огромном федеративном государстве. Поэтому ключевая функция высшего суда в масштабах такой большой страны, как Россия, — это не просто исправить одну из тысяч ошибок, которые допускают нижестоящие суды по вопросам права, а за счет исправления некоторых из них прояснять вопросы права и обеспечивать единообразное избегание аналогичных ошибок другими судами в будущем. Иначе говоря, основная функция высшего суда — не столько обеспечение правосудия в традиционном смысле, сколько регулирующее воздействие на судебную практику на будущее. Иначе работа высшего суда превращается в сизифов труд: он исправляет одну и ту же ошибку в толковании права вновь и вновь, а нижестоящие суды продолжают ее допускать, не считая себя связанными правовыми позициями высшего суда. Это особенно важно для страны, в которой высший суд принимает дела к пересмотру избирательно и сам решает, какие дела взять на рассмотрение, а какие нет;



выбрать из сотен тысяч жалоб одну и пересмотреть дело по существу имеет смысл только тогда, когда за счет создания правовой позиции по данному вопросу высший суд пытается предотвратить повторение таких ошибок в будущем и унифицировать судебную практику.

В России судебная практика высших судов (ВАС РФ до ликвидации, ВС РФ и КС РФ) также имеет важнейшее практическое значение. В то же время нельзя не признать, что эффективность унификации судебной практики за счет рассмотрения конкретных споров высшими судами не столь высока, как хотелось бы. Впрочем, в Российской Федерации функционирует уникальный механизм унификации судебной практики, который неизвестен западным правовым порядкам, – абстрактные разъяснения по вопросам судебной практики. Этот инструмент отчасти компенсирует несовершенства традиционных механизмов унификации.

Далее рассмотрим основные формы судебного правотворчества в РФ.

#### *(i) Практика КС РФ*

Важное значение имеют постановления КС РФ. Во-первых, постановление КС РФ по вопросам толкования Конституции РФ «является официальным и обязательным для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений» (часть первая ст. 106 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Эта норма снимает какие-либо сомнения в вопросе о том, носят ли такие акты КС РФ значение формальной, правовой обязательности.

Кроме того, согласно ст. 79 того же Закона КС РФ может не только признать неконституционным соответствующий нормативный правовой акт или отдельную его норму – Суд может вынести постановление, которое признает оспариваемую норму такого акта конституционной, но при этом установить ее определенное толкование, признав неконституционным некое иное ее толкование. В последнем случае с момента вступления в силу постановления КС РФ, которое закрепляет конституционное толкование соответствующей спорной нормы, «не допускается применение этой нормы в истолковании, расходящемся с тем, которое закрепил Конституционный Суд Российской Федерации». Там же указано, что суды общей юрисдикции, арбитражные суды при рассмотрении дел после вступления в силу постановления КС РФ не вправе применять нормативный акт или отдельные его положения в истолковании, расходящемся с тем, которое закрепил в соответст-

вующем постановлении КС РФ. КС РФ очень активно пользуется последней опцией, признавая оспариваемые нормы федеральных законов или иных подлежащих конституционному контролю актов конституционными, но давая им обязательное для всех «истолкование». По сути, это означает, что постановления КС РФ такого рода тоже создают формально обязательные правовые позиции о толковании положений федеральных законов и ряда иных нормативных правовых актов, оспаривание конституционности которых допускается в КС РФ.

*(ii) Абстрактные разъяснения по вопросам судебной практики, издаваемые высшими судами РФ*

Особой чертой российской правовой системы является издание ВС РФ (а ранее еще и ВАС РФ) абстрактных разъяснений по вопросам судебной практики и толкования законов в виде постановлений пленумов указанных высших судов. Полномочия ВС РФ издавать разъяснения по вопросам судебной практики упомянуты в ст. 126 Конституции РФ. Эти же полномочия с уточнением, что такие разъяснения издаются в целях обеспечения единообразия применения законодательства, закреплены сейчас за ВС РФ в силу п. 4 ст. 19 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», а также п. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона 5 февраля 2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации».

Ранее такие же полномочия признавались и за ныне ликвидированным ВАС РФ. Согласно ранее действовавшему законодательству постановления Пленума ВАС РФ с разъяснениями по вопросам судебной практики в силу прямого указания в законе имели формально обязательный для нижестоящих судов характер (п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). В отношении аналогичных постановлений Пленума ВС РФ прямое указание на обязательность таких разъяснений для нижестоящих судов в актуальном законодательстве отсутствует.

Но есть и еще одна форма издания абстрактных разъяснений по вопросам судебной практики. Согласно ст. 7 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» Президиум ВС РФ рассматривает отдельные вопросы судебной практики. По результатам такого рассмотрения Президиум ВС РФ утверждает ежеквартальные и тематические обзоры, в которых он фиксирует те или иные разъяснения по вопросам судебной практики и толкования законодательства. По большей части такие обзоры содержат выдержки из некоторых кассационных определений коллегий ВС РФ или неких неидентифицированных модельных судебных споров, на материа-

ле которых ВС РФ формулирует и закрепляет в обзоре абстрактные правовые позиции, но нередко такие обзоры содержат и ответы на абстрактно сформулированные вопросы. Ранее аналогичные обзоры судебной практики издавал и ВАС РФ в виде информационных писем его Президиума.

В последнее время при издании таких обзоров ВС РФ стал указывать, что они издаются «в целях обеспечения единообразных подходов к разрешению споров» той или иной категории «по результатам изучения и обобщения судебной практики»; при этом ВС РФ ссылается на ст. 126 Конституции РФ, а также ст. 2 и 7 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» (которые закрепляют за ВС РФ полномочия по обеспечению единообразия судебной практики и изданию в этих целях соответствующих разъяснений). В качестве примеров см. Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии, утвержденный Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г., или Обзор практики рассмотрения судами споров, возникающих из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита, утвержденный Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г. Причем ВС РФ прямо указывает на то, что в этих обзорах он формулирует правовые позиции.

Эти фиксируемые в подобных абстрактных разъяснениях судебной практики правовые позиции ВС РФ определяют то или иное толкование законодательных норм (причем очень часто достаточно творческое, а нередко и вовсе расходящееся с буквальным смыслом закона, т.е. *contra legem*), а также восполняют пробелы в источниках позитивного права (*praeter legem*). Количество таких правовых позиций, изданных за последние годы ВАС РФ и ВС РФ колоссально, и они по своей важности нередко превосходят значение многих реформ ГК РФ. По большому счету роль указанных разъяснений ВАС РФ и ВС РФ в формировании каркаса российского гражданского права сравнима со значением самого ГК РФ.

Как уже отмечалось, если правовые позиции из постановлений Пленума ВАС РФ в силу прямого указания в законе были обязательны для нижестоящих арбитражных судов, то сейчас в законе не упоминается обязательность абстрактных разъяснений, издаваемых ВС РФ. Но при этом решение нижестоящего суда может быть мотивировано в плане правовой аргументации ссылкой на подобные абстрактные правовые позиции ВАС РФ или ВС РФ, что распространено повсеместно. При этом АПК РФ и ГПК РФ прямо допускают ссылку на абстрактные правовые позиции, закрепленные в разъяснениях по вопросам судебной

практики ВАС РФ и ВС РФ, при мотивировке судебных актов (ч. 4 ст. 170 АПК РФ, ч. 4.1 ст. 198 ГПК РФ). Отмены же решений нижестоящих судов по основанию противоречия изложенной в судебном акте правовой аргументации абстрактным правовым позициям ВАС РФ или ВС РФ происходят повсеместно. Очень часто на этом основании отменяют судебные акты соответствующие судебные коллегии ВС РФ, рассматривая споры в рамках кассационного производства.

Более того, в силу ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и ч. 3 ст. 311 АПК РФ судебный акт, принятый до издания постановления Пленума или Президиума ВС РФ по вопросам судебной практики и противоречащий закрепленной в таких постановлениях правовой позиции, может быть при определенных условиях отменен «по новым обстоятельствам» (об этом феномене процессуальной ретроспективности разъяснений ВАС РФ и ВС РФ см. постановления КС РФ от 21 января 2010 г. № 1-П и от 17 октября 2017 г. № 24-П).

Сейчас формальный статус подобных абстрактных правовых позиций, закрепленных в постановлениях Пленума или Президиума ВС РФ (ранее и ВАС РФ), не вполне прояснен и иногда вызывает дискуссии о том, можно ли эти правовые позиции, изданные в целях обеспечения единообразия судебной практики на основании соответствующих указаний в Конституции РФ и иных законах, считать полноценным источником права, сопоставимым с постановлениями КС РФ по вопросам толкования Конституции РФ, законов и иных нормативных правовых актов. Как бы ни был решен этот важный теоретический вопрос, в реальности правовые позиции, закрепленные в постановлениях Пленума ВС РФ, тематических и поквартальных обзорах судебной практики ВС РФ, утверждаемых Президиумом ВС РФ, а также в неотмененных постановлениях Пленума и Президиума ВАС РФ, закреплявших такие же разъяснения, хотя и не являются формальными источниками права (нигде в законе прямо не указано, что такие разъяснения обязательны для всех публичных органов и иных участников правоотношений), но *de facto* воспринимаются большинством судов и юристами как подлежащие обязательному применению как минимум нижестоящими судами при разрешении споров. Эта обязательность не есть следствие формально-правового статуса таких разъяснений, а вытекает из примерно той же институционально-иерархической и бюрократической логики, в силу которой нижестоящие налоговые органы применяют разъяснения Минфина России. При этом, в отличие от последних, так как речь применительно к разъяснениям ВС РФ идет о разъяснениях высшего суда, т.е. высшего звена судебной иерархии, никакой возможности оспорить их не существует (за рамками

возможности оспаривания закрепленного в указанных разъяснениях прочтения закона в КС РФ на предмет конституционности), и поэтому данная бюрократическая логика, вынуждающая нижестоящие суды следовать в фарватере разъяснений ВС РФ, косвенно превращает их в *de facto* обязательные и для всех участников оборота. Иначе говоря, такие разъяснения хотя и не признаются в законе источниками права формально, но выполняют такую функцию *de facto*.

В Постановлении КС РФ от 21 января 2010 г. № 1-П на сей счет указано следующее: «В российской судебной системе толкование закона высшими судебными органами оказывает существенное воздействие на формирование судебной практики. По общему правилу, оно *фактически* — исходя из правомочий вышестоящих судебных инстанций по отмене и изменению судебных актов — является обязательным для нижестоящих судов на будущее время» (курсив наш. — А.К., С.С.).

При этом нельзя сказать, что случаи прямого игнорирования нижестоящими судами таких абстрактных разъяснений отсутствуют. Подобные случаи встречаются, и особенно часто в системе судов общей юрисдикции. Но они, скорее, воспринимаются юридическим сообществом как аномалии.

Сам этот несколько специфический феномен абстрактного судебного правотворчества, приобретший популярность в советском праве, но присутствовавший, пусть и в меньших масштабах, и в практике Правительствующего Сената Российской империи, а также встречающийся в ряде постсоветских стран, нехарактерен для права западных правовых систем. Однако на данном историческом этапе он выполняет крайне важную миссию в деле развития национального гражданского права. В условиях законотворческого хаоса и крайне низкого качества проработки законов, глубокого отставания правовой науки и относительно слабой мотивированности большинства судебных актов по конкретным делам ВАС РФ и ВС РФ (в сравнении, например, с судебными актами высших судов таких стран, как Германия) подобные абстрактные разъяснения, формирующие *de facto* обязательные для нижестоящих судов правовые позиции, оказываются просто незаменимы. Без них все российское гражданское право погрузилось бы в темные века, правовая определенность была бы низведена до нуля, и предсказуемость исхода судебных споров драматически снизилась бы. Если представить себе российское гражданское право без ключевых и известных всем юристам постановлений пленумов ВС РФ и ВАС РФ, трудно даже представить, в какие хаос и беспорядок будет низвергнуто российское право. Отказываться от такого уникального национального правового феномена если

и нужно, то лишь на том этапе, когда другие факторы, влияющие на качество правовых институтов и развитие права, придут в соответствие с запросами времени.

*(iii) Постановления Президиума ВС РФ по конкретным делам, рассмотренным в порядке надзора*

Несколько более спорный характер носят правовые позиции по вопросам толкования закона и восполнения пробелов в нем, изложенные в постановлениях Президиума ВАС РФ (принятых в пору его существования) и Президиума ВС РФ по конкретным делам, рассмотренным в порядке надзора, когда такие правовые позиции не были закреплены в соответствующих обзорах судебной практики. Положения ч. 4 ст. 170 АПК РФ и ч. 4.1 ст. 198 ГПК РФ допускают ссылки на такие правовые позиции при мотивировке судебных актов, а нормы ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и ч. 3 ст. 311 АПК РФ допускают при определенных условиях пересмотр «по новым обстоятельствам» решений, в которых игнорируется правовая позиция, позднее закрепленная в постановлениях Президиума ВС РФ по конкретным аналогичным делам, рассмотренным в порядке надзора. При существовании ВАС РФ надзорные постановления Президиума ВАС РФ по конкретным спорам, в которых фиксировалась некая правовая позиция, также согласно АПК РФ становились основаниями для пересмотра решений, вынесенных ранее по схожим фактическим обстоятельствам.

Теоретически правовые позиции по вопросам толкования закона и восполнения пробелов в нем, закрепленные в постановлениях Президиума ВАС РФ и Президиума ВС РФ по конкретным делам, рассмотренным в порядке надзора, имеют хотя и не формально обязательный (как постановления КС РФ по вопросам толкования Конституции РФ и законов), но примерно тот же «фактически обязательный» статус, что и абстрактные разъяснения, закрепленные в актах пленумов или президиумов ВАС РФ или ВС РФ. Но реальность несколько сложнее. Здесь следует иметь в виду три нюанса.

Во-первых, если в период существования ВАС РФ Президиум ВАС РФ принимал сотни постановлений по конкретным делам, то сейчас Президиум ВС РФ принимает считанные единицы постановлений Президиума по гражданским делам. Сейчас постановления Президиума ВС РФ по конкретным делам не играют фактически никакой роли в развитии гражданского права и унификации судебной практики, а те несколько постановлений Президиума ВС РФ по гражданскому праву, которые были приняты с момента слияния высших судов, как правило, сформулированы таким образом, чтобы четкие позиции по вопросам материального права не устанавливать.

Во-вторых, качество правовой аргументации в постановлениях Президиума ВАС РФ также было нередко далеко от совершенства, а сами эти акты иногда противоречили друг другу. В связи с этим восприятие таких надзорных постановлений ВАС РФ нижестоящими арбитражными судами в качестве неких ориентиров для нижестоящих судов *de facto* было далеко от той «самой фактической обязательности», о которой писал КС РФ и которая характерна для абстрактных разъяснений судебной практики. Унификационный потенциал таких актов раскрывался тем сильнее и отчетливее, чем четче была сформулирована в них правовая позиция и чем чаще она была повторена в данных актах. Сейчас же после ликвидации ВАС РФ убеждающая сила отдельных постановлений уже ликвидированного суда фактически несколько снизилась, хотя, безусловно, в системе арбитражных судов определенное унификационное значение таких постановлений сохраняется.

В-третьих, многие такие акты со временем устаревают и *de facto* перестают восприниматься всерьез нижестоящими судами. Это касается значительного массива постановлений Президиума ВАС РФ по конкретным делам, принятым в 1990-х и начале 2000-х гг. Нередко каких-то новых правовых позиций по данным вопросам права высшие суды не высказывали, но фактически современное понимание гражданского права, его догматики и политики восстает против применения этих позиций по новым спорам. В подобных ситуациях нижестоящие суды просто игнорируют эти устаревшие правовые позиции, даже не пытаются обосновать теми или иными аргументами такой шаг.

Поэтому говорить о таких постановлениях как об истинных прецедентах в классическом англосаксонском смысле этого слова сейчас сложно. В последние годы существования ВАС РФ все шло именно к этому, но сейчас ситуация изменилась. Полноценный формальный принцип обязательности правовых позиций высшего суда, сформулированных при разрешении конкретного спора (*stare decisis*), в Российской Федерации сейчас не признается. Поэтому есть основания говорить, что такие постановления (в основном постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам, вынесенные до ликвидации данного Суда) воспринимаются российскими арбитражными судами, скорее, как носящие рекомендательный характер. С течением времени постановления Президиума ВАС РФ, правовые позиции из которых не дублируются в последующей практике ВС РФ, постепенно теряют свою убеждающую силу как таковые. Суды могут им следовать, но говорить о «фактической обязательности», о которой писал КС РФ, уже сложно. Новые же надзорные постановления Президиума ВС РФ сейчас практически отсутствуют.

*(iv) Кассационные определения ВС РФ по конкретным делам*

Остается отметить, что в современных условиях, когда до Президиума ВС РФ доходят единицы гражданских дел, основная судебная нагрузка по разрешению гражданских споров от имени ВС РФ ложится на СКГД и СКЭС. Отдельные судьи ВС РФ из состава соответствующих коллегий по своему усмотрению выбирают из тысяч кассационных жалоб некоторые и передают их в одну из указанных коллегий для пересмотра решений в кассационном порядке. Фильтрация дел для рассмотрения на уровне высшего суда, по логике самой системы избирательного отбора дел, характерной не только для России, но и для Германии, Великобритании, США и ряда иных правопорядков, должна осуществляться на основе оценки важности вопроса права для реализации целей унификации судебной практики. К сожалению, в России ни формально, ни фактически этот критерий не признан, и реальные критерии отбора дел для кассационного пересмотра крайне туманны. Сотни самых острых вопросов частного права, по которым в нижестоящих судах многие годы наблюдается серьезный разнобой, не передавались и не передаются судьями ВАС РФ и ВС РФ на пересмотр в соответствующую коллегию, несмотря на постоянные поступления соответствующих жалоб (что особенно характерно для таких областей, как договорное право, корпоративное право и некоторые другие), но при этом передается немало дел ради исправления очевидной и простой ошибки нижестоящих судов, которая в рамках эффективной судебной системы должна была быть исправлена апелляционной или первой кассационной инстанциями, а также дел, которые просто не ставят серьезный и важный вопрос права, имеющий значение для множества иных подобных споров. Есть сферы, в которых судьи ВС РФ проявляют чуткость к остроте и актуальности вопроса права (например, банкротство), но это, скорее, исключение.

Другая проблема состоит в том, что иногда дело, которое ставит важный для многочисленных аналогичных дел вопрос права, проходит фильтрацию, и та или иная коллегия в своем кассационном определении пытается справедливо разрешить спор, но при этом избегает формулирования ясной правовой позиции и тем самым упускает шанс унифицировать судебную практику, внести в право большую определенность и предотвратить повторение подобных же ошибок судов в будущем. Как представляется, следует стремиться к тому, чтобы каждое прошедшее фильтрацию дело использовалось как повод развить и унифицировать судебную практику.

Как бы то ни было, после отбора дела для кассационного пересмотра СКЭС пересматривает или оставляет в силе обжалованные



акты нижестоящих арбитражных судов, а СКГД – судов общей юрисдикции. По таким делам указанные коллегии в лице состава из трех судей выносят кассационные определения, в которых нередко также формулируются новые правовые позиции по вопросам толкования законов и восполнения пробелов в нем.

Такие определения не указаны в ГПК РФ и АПК РФ в качестве источников, ссылки на которые могут фигурировать в судебных актах нижестоящих судов как элемент аргументации. Они также не могут становиться основанием для пересмотра схожих дел по новым обстоятельствам (Постановление КС РФ от 17 октября 2017 г. № 24-П).

Более того, такие определения иногда противоречат друг другу, поскольку кассационные определения выносятся не коллегией как коллективным подразделением ВС РФ, а отдельными «тройками» судей данной коллегии. Последнее следует признать серьезным недостатком определений коллегий ВС РФ по сравнению с постановлениями Президиума ВАС РФ.

Намек на то, что сами эти определения не обладают той же убеждающей силой, что и абстрактные разъяснения судебной практики, легко обнаружить в том, что далеко не все такие определения попадают в квартальные или тематические обзоры судебной практики, утверждаемые Президиумом ВС РФ. ВС РФ как бы посылает нижестоящим судам сигнал о том, что есть разные по своему статусу определения. Правовые позиции из одних определений, достойные, по мнению Президиума ВС РФ, того, чтобы стать ориентиром для унификации судебной практики, фиксируются в соответствующих обзорах, что от обратного предполагает, что правовые позиции из других определений, не попавшие в такие обзоры, имеют какое-то меньшее значение.

Наконец, соответствующая коллегия ВС РФ формально не является финальной инстанцией (с учетом наличия *de facto* виртуальной, но все же формально существующей возможности добиться передачи гражданского дела в Президиум ВС РФ). Это еще одна причина, в силу которой степень авторитетности таких определений ниже, чем у постановлений Президиума ВАС РФ.

В то же время арбитражные суды, привыкшие за последние годы существования ВАС РФ к тому, что Президиум ВАС РФ всерьез пытался заниматься унификацией судебной практики за счет рассмотрения конкретных споров, формировал *de facto* обязательные правовые позиции, которые он требовал от нижестоящих судов применять по аналогичным спорам и которые даже могли стать согласно АПК РФ основанием для пересмотра решений судов по аналогичным спорам, нередко по инерции относятся достаточно серьезно и к правовым позициям

ВС РФ, закрепленным в кассационных определениях СКЭС ВС РФ. Ссылки на эти определения, несмотря на отсутствие упоминания такой возможности в АПК РФ, часто встречаются в судебных решениях нижестоящих арбитражных судов. Более того, сама СКЭС ВС РФ часто ссылается на свои же определения по аналогичным спорам для демонстрации преемственности правовых позиций и упоминает игнорирование нижестоящими судами таких более ранних определений этой Коллегии в качестве одного из оснований для отмены таких решений при кассационном пересмотре.

Впрочем, сейчас нередко встречаются и обратные примеры, ведь формально эти определения СКЭС ВС РФ не имеют того унификационного потенциала, который имели постановления Президиума ВАС РФ и имеют абстрактные разъяснения ВАС РФ и ВС РФ по вопросам судебной практики. Это серьезная проблема, так как постановления Президиума ВС РФ по гражданским делам, как уже отмечалось, встречаются крайне редко. Одних абстрактных разъяснений, утверждаемых Президиумом и Пленумом ВС РФ, явно недостаточно для обеспечения унификации судебной практики. Получается, что в связи с ликвидацией ВАС РФ в области экономического правосудия интенсивность унификации судебной практики и, соответственно, правовая определенность снизились.

Ситуация еще хуже в системе судов общей юрисдикции. В отличие от арбитражных судов, суды общей юрисдикции по заведенной в этой системе судов традиции особого внимания на кассационные определения СКГД ВС РФ не обращали до «слияния» ВС РФ и ВАС РФ и не обращают сейчас даже тогда, когда речь идет уже об устоявшейся практике, т.е. правовой позиции, неоднократно повторенной в таких определениях. Это вынуждает СКГД ВС РФ исправлять одну и ту же ошибку судов по вопросам права из раза в раз годами. Унификационный потенциал кассационной практики данной Коллегии, не трансформировавшейся в абстрактные разъяснения, по факту очень низок. Более того, нижестоящие суды общей юрисдикции как минимум до последнего времени нередко игнорировали и те позиции, которые закреплены в обзорах практики ВС РФ.

Как мы видим, статус правовых позиций ВС РФ, закрепленных в кассационных определениях коллегий и не нашедших отражения в обзорах судебной практики ВС РФ, далек от значения фактически обязательных ориентиров для разрешения аналогичных споров. По сути, здесь уместно говорить о рекомендательном значении таких правовых позиций, но в контексте кассационной практики СКГД ВС РФ пока и об этом сказать сложно. Это несколько затрудняет функ-

ционирование алгоритма индуктивного и эволюционного развития права и подрывает правовую определенность. Непроясненность данного вопроса является досадным упущением, мешающим эффективно унифицировать судебную практику и обеспечивать формальное равенство участников оборота перед лицом права. Абсолютно одинаковые вопросы права интерпретируются нижестоящими судами по-разному даже тогда, когда соответствующий вопрос был поднят на уровень практики ВС РФ и там однозначно разрешен.

Наконец, следует заметить следующее. ВС РФ публикует тысячи определений об отказе в передаче дел в соответствующую коллегию, которые подписывает единолично судья соответствующей коллегии, не нашедший основания для передачи дела в коллегию на пересмотр. В таких определениях нередко фигурирует поддержка конкретным судьей ВС РФ правовой аргументации нижестоящего суда. Но такие определения не являются полноценными судебными актами и не выражают позицию коллегии. Ссылки на данные определения как на источник, в котором отражена некая правовая позиция, абсолютно неуместны. В таких документах в лучшем случае отражено личное мнение конкретного судьи ВС РФ. Упоминание этих определений может создавать ложное впечатление о том, что по данному вопросу имеется позиция соответствующей коллегии, в то время как никакой позиции на самом деле нет. То же касается и ранее публиковавшихся отказных определений ВАС РФ. Как уже не раз отмечалось в литературе, во избежание введения юридической общественности в заблуждение судьям стоит мотивировать отказные определения сухо и исключительно общей фразой об отсутствии указанных в АПК РФ и ГПК РФ оснований для передачи дела на пересмотр в коллегию, не пытаясь высказываться по существу вопроса права, который закон не дает возможность отдельному судье ВС РФ публично оценивать и разрешать от имени высшего суда.

*(v) Некоторые общие замечания*

Термин «правотворчество» применительно к судебным правовым позициям в России нередко оспаривается и носит не вполне однозначный характер. В отношении одних из указанных актов о полноценном правотворчестве говорить можно без кавычек (постановления КС РФ по вопросам толкования Конституции РФ и иных источников права); другие же носят не формальный, а фактически обязательный статус, связывая нижестоящие суды не авторитетом полноценного источника права, а угрозой отмены судебных актов, противоречащих такой позиции (постановления пленумов или президиумов ВАС РФ и ВС РФ с абстрактными разъяснениями по вопросам судебной практики); тре-

ты же, скорее, носят лишь рекомендательный статус (кассационные определения коллегий ВС РФ).

При этом данное различие не стоит преувеличивать. Даже если та или иная правовая позиция является формально обязательной для нижестоящих судов, других государственных органов и всех иных участников оборота или «фактически обязательной» для нижестоящих судов, такой суд в принципе может отступить от соответствующей правовой позиции высшего суда, если он способен убедительно обосновать справедливость и целесообразность «отличения» фактуры рассматриваемого спора от гипотезы данной правовой позиции. Нижестоящий суд не должен и не может игнорировать как минимум те абстрактные правовые позиции высшего суда, которые носят «фактически обязательный» статус, но он вправе уточнять и развивать эти позиции, признавать те или иные исключения, которые в перспективе при поддержке такого подхода в практике высшего суда могут спровоцировать уточнение и самой практики высшего суда. Более того, представляется, что в исключительных случаях нижестоящий суд может попросту отвергнуть «фактически обязательную» правовую позицию высшего суда и попытаться спровоцировать пересмотр такой правовой позиции. Но все это возможно только в случае, если нижестоящий суд убежден в том, что данная позиция требует уточнения или устарела и требует пересмотра, и он прямо и подробно обосновывает такой смелый шаг.

*(vi) Специфика дуализма иерархии судебных органов, рассматривающих гражданские споры*

Также следует учитывать, что в Российской Федерации гражданские споры рассматривают, а соответственно, пробелы в законе восполняют или толкование законов проясняют как арбитражные суды, так и суды общей юрисдикции. Естественным образом это иногда провоцирует разноречивую и несогласованную практику при решении одних и тех же вопросов права. В тех случаях, когда Пленум ВС РФ или Президиум ВС РФ утверждают те или иные абстрактные разъяснения по вопросам права, такие правовые позиции могут унифицировать судебную практику в обеих ветвях судебной вертикали.

Но в той степени, в которой таких абстрактных разъяснений нет, формируются условия для несогласованного развития гражданского права при разрешении споров арбитражными судами и судами общей юрисдикции. Для арбитражных судов сохраняют свое унифицирующее значение постановления Пленума ВАС РФ и информационные письма Президиума ВАС РФ по вопросам судебной практики, суды общей юрисдикции их учитывать не должны и, как правило, игнорируют

(хотя имеются редкие примеры обратного). Более того, арбитражные суды, как уже указывалось, во многом ориентируются и на практику СКЭС ВС РФ, которая нередко отличается от практики СКГД; суды же общей юрисдикции эту практику СКЭС ВС РФ игнорируют (впрочем, они часто игнорируют и практику СКГД ВС РФ).

Так что следует учитывать, что ликвидация ВАС РФ под видом объединения с ВС РФ пока не привела к унификации судебной практики разрешения вопросов права в арбитражных судах и судах общей юрисдикции. И на практике одни и те же вопросы гражданского права могут решаться и нередко решаются арбитражными и общегражданскими судами устойчиво по-разному.

### **(г) Судебная практика ЕСПЧ**

Россия является участницей Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и пока признает юрисдикцию ЕСПЧ. Согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 (абзац третий п. 10) «применение судами вышеназванной Конвенции должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод». В Постановлении Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 (абзац второй п. 4) указано, что судам следует учитывать в том числе постановления ЕСПЧ, в которых дано толкование положений Конвенции, подлежащих применению в конкретном деле. Наконец, в Постановлении Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21 (абзац первый п. 2) указано следующее: «...правовые позиции Европейского Суда по правам человека... которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов». Более того, ВС РФ отметил в этом Постановлении (абзац второй п. 2), что подлежат учету не только те правовые позиции, которые закреплены в постановлениях, вынесенных по делам с участием РФ, — «с целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда».

Согласно п. 3 и 4 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21 правовые позиции ЕСПЧ учитываются не только при применении положений Конвенции, но и при применении законодательств-

ва РФ, а также иных международных договоров. В частности, указано, что «содержание прав и свобод, предусмотренных законодательством Российской Федерации, должно определяться с учетом содержания аналогичных прав и свобод, раскрываемого Европейским Судом при применении Конвенции и Протоколов к ней» (абзац первый п. 3).

По сути, это означает признание прецедентного, формально-правового значения правовых позиций ЕСПЧ. Но здесь имеются и исключения, связанные с тем, что, согласно практике КС РФ, правовые позиции по толкованию Конвенции, принятые в судебной практике ЕСПЧ, не могут противоречить Конституции РФ. В Постановлении КС РФ от 19 апреля 2016 г. № 19-П было указано на сей счет, что имплементация в правовую систему России практики ЕСПЧ по вопросам толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод приемлема, если «она согласуется с положениями Конституции Российской Федерации, относящимися к основам конституционного строя и основам правового статуса личности в России».

### Дополнительная литература

*Васьковский Е.В.* Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Т. II. Пг.: Сенатская типография, 1914. С. 375–413.

*Верещагин А.Н.* Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004.

*Верещагин А.Н., Карапетов А.Г., Тай Ю.В.* Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник ВАС РФ. 2013. № 6. С. 4–81.

*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1999.

*Кабрияк Р.* Кодификации / Пер. с франц. Л.В. Головки. М.: Статут, 2007.

*Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.

*Марченко М.Н.* Источники права: Учебное пособие. М.: Проспект, 2005.

*Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судейское право: Учебное пособие. М.: Проспект, 2011.

*Цвайгерт К., Кётиц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I. Основы. М.: Междунар. отношения, 2000.

*Dawson J.P.* The Oracles of the Law. University of Michigan Law School, 1968.

Interpreting Precedents: A Comparative Study / D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.). Ashgate Pub., 1997.

The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions / J. Dainow (ed.). Louisiana State University Press, 1974.

## **Статья 4. Действие гражданского законодательства во времени**

**1. Акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие.**

Действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом.

**2. По отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие. Отношения сторон по договору, заключенному до введения в действие акта гражданского законодательства, регулируются в соответствии со статьей 422 настоящего Кодекса.**

### *Комментарий*

#### **1. Буквальный смысл общего правила**

Общее правило комментируемого пункта запрещает обратную силу актов гражданского законодательства. Если иное прямо не предусмотрено законом, действие закона распространяется лишь на отношения, возникшие после введения его в действие.

##### **1.1. Неопределенность понятия обратной силы**

Предложение первое п. 1 комментируемой статьи не просто говорит о том, что акты гражданского законодательства не имеют обратной силы — оно (пусть и через союз «и») делает попытку объяснить это понятие: обратная сила означает применение такого акта к отношениям, возникшим до его введения в действие, и по общему правилу такая обратная сила не допускается.

Не вызывает сомнений, что если отношение прекратилось еще до введения в действие новой (измененной) нормы, то к нему она применена быть не может. Например, если гражданин отказался от наследства или простил долг, а впоследствии появились новые нормы об отказе от наследства или прощении долга, эти нормы к завершившимся отношениям не применяются.

Проблема возникает тогда, когда юридический факт, породивший отношение, имел место до введения в действие новых правил, а само возникшее ранее отношение все еще существует к этому моменту. Например, до появления новых норм об обязательствах вследствие причинения вреда имел место деликт, и возникшая обязанность возместить вред не была исполнена к моменту их вступления в силу: применяются ли эти новые нормы к подобным «старым» обязательствам?

Здесь сложно выработать общий подход, применимый к всевозможным продолжительным отношениям — от исковой давности до исключительных прав. Закон в п. 2 ст. 4 ГК РФ пытается сформулировать общее правило, но нельзя признать, что эта попытка удачна. См. подробнее комментарий к п. 2 настоящей статьи.

Другой пример: будем ли мы считать обратной силой действие нового закона в отношении объема ранее возникшего права собственности? Так, ранее практика позволяла разделить жилой дом в натуре таким образом, что в нем образовывались самостоятельные помещения, на которые устанавливались индивидуальные права бывших собственников. А ныне действующее законодательство может быть истолковано как объявляющее такой вариант раздела невозможным, поскольку согласно ч. 7 ст. 41 Закона о государственной регистрации недвижимости государственный кадастровый учет и государственная регистрация права собственности на помещение или помещения (в том числе жилые) в жилом доме (объекте индивидуального жилищного строительства) или в садовом доме не допускаются. Если поддержать такое толкование, то возникает вопрос: как это новое регулирование действует во времени? По сути, речь идет не только об относительных отношениях между собственниками, но и о правовом режиме самого объекта и об объеме прав собственников. С одной стороны, можно сказать, что после вступления в силу такого правила соответствующий орган должен отказать в постановке на кадастровый учет и в регистрации права на вновь созданные помещения в жилом доме в любом случае. С другой стороны, можно пытаться обосновать подход, согласно которому если судебное решение о разделе или соответствующее соглашение имели место до введения в действие нормы, то она не может помешать их реализации. Но ведь можно предложить и третий вариант: поскольку прежде названные объекты можно было разделить на помещения, то право требовать такого раздела должно сохраниться неизменным, даже если условия для его реализации еще не наступили.

Буквально согласно п. 1 ст. 4 обратная сила — это не только иная квалификация уже чего-то состоявшегося, закончившегося в прошлом,



но и в принципе распространение нового закона на любые отношения, возникшие до его введения в действие. Закон запрещает распространение новых правил на отношения, возникшие до их введения в действие, и это следовало бы понимать как запрет их применения к отношениям, которые возникли до появления новых правил, но сохраняются после.

В то же время в п. 1 комментируемой статьи указано, что обратное может следовать из закона. При этом важное и широкое по охвату исключение мы увидим непосредственно сразу в п. 2 ст. 4: акт гражданского законодательства применяется к ранее возникшему отношению в части прав и обязанностей, которые в рамках этого отношения возникают после введения его в действие. И тот же п. 2 делает «исключение из исключения» для договорных отношений: здесь по сути восстанавливается действие правила из п. 1 о неприменении новых норм к отношению, возникшему до их введения в действие. См. подробнее комментарий к п. 2 настоящей статьи.

Поэтому мы не увидим стройной системы действия актов гражданского законодательства во времени, в том числе в связи с этим конфликтом, заложенным в ст. 4 ГК РФ.

### ***1.2. Конституционно-правовое значение запрета обратной силы***

Итак, по общему правилу п. 1 ст. 4 ГК РФ обратная сила актов гражданского законодательства не допускается. Эта идея, несмотря на сложность определения тех отношений, которые под такой запрет попадают, имеет важное конституционное значение. Как справедливо указывает КС РФ, «пункт 1 статьи 4 ГК Российской Федерации... закрепляет основной принцип действия закона во времени и сам по себе не нарушает конституционные права граждан» (определения КС РФ от 16 апреля 2009 г. № 504-О-О, от 29 мая 2018 г. № 1247-О и др.). Запрет ретроактивного действия актов гражданского законодательства вытекает из базовых принципов правовой определенности, недопустимости подрыва легитимных ожиданий граждан, соображений защиты доверия к законодателю и просто общеправового принципа справедливости. Кроме того, генеральный запрет обратной силы как минимум защищает участников гражданского оборота от произвольного вмешательства власти в частные дела, способствует стабильности договорных связей и уверенности в объеме прав собственника, а значит, свободе договора и неприкосновенности собственности (п. 1 ст. 1). А поэтому ст. 4 должна пониматься исключительно в соответствии с этими общими началами гражданского законодательства. Противоречащее им прочтение ст. 4 почти всегда будет ошибочным, что, правда, верно для любой нормы ГК РФ. Но в части вопроса действия гражданского законодательства

во времени это особенно важно: неправильное его решение повлечет системный сбой всего регуляторного механизма для частных отношений. Последствия такого сбоя непредсказуемы и опасны как для экономики в частности, так и для общественного мира в целом.

Поскольку вопрос обратной силы гражданского закона относится в большей степени к сфере конституционного права, особый интерес представляет следующая правовая позиция КС РФ: «...придание обратной силы закону – исключительный тип его действия во времени, использование которого относится к прерогативе законодателя; при этом либо в тексте закона содержится специальное указание о таком действии во времени, либо в правовом акте о порядке вступления закона в силу имеется подобная норма; законодатель, реализуя свое исключительное право на придание закону обратной силы, учитывает специфику регулируемых правом общественных отношений; обратная сила закона применяется преимущественно в отношениях, которые возникают между индивидом и государством в целом, и делается это в интересах индивида (уголовное законодательство, пенсионное законодательство); в отношениях, субъектами которых выступают физические и юридические лица, обратная сила не применяется, ибо интересы одной стороны правоотношения не могут быть принесены в жертву интересам другой, не нарушившей закон...» (Постановление КС РФ от 15 февраля 2016 г. № 3-П).

Из этой позиции может быть выведена идея о том, что в области отношений между частными лицами придание закону обратной силы даже по прямому указанию в нем не всегда будет являться конституционным. Представляется, что оговорка о ретроактивности будет конституционна только в самых исключительных случаях, когда для нее имеется веская причина, а обратная сила не подрывает правомерные ожидания участников оборота и не умаляет их права. Если ранее действовали определенные правила и люди ориентировались на них в своей частной жизни, доверяли закону, подрыв этого доверия в результате принятия новых правил с ретроактивной оговоркой неприемлем. Более того, приведенная позиция КС РФ явно наталкивает на мысль о том, что серьезно влияющий на частную жизнь закон в принципе должен содержать развернутые положения о его действии во времени и простое упование на общие правила ст. 4 ГК РФ может привести к признанию такого закона неконституционным в этой части.

Придание обратной силы закону, очевидно, возможно там, где публичная власть обоснованно отказывается от излишнего вторжения в частные отношения, например, отменяет правило, которое было установлено в публичных интересах. В таком случае обратная сила

не просто допустима, а даже желательна. Вывод этот, как представляется, может быть обоснован духом и смыслом ст. 54 и 57 Конституции РФ, которые хоть и не говорят прямо про гражданско-правовое регулирование, но содержат общий принцип: если государство в отношениях с гражданином или юридическим лицом принимает закон, улучшающий его положение и не умаляющий прав иных частных лиц, такой закон применяется с обратной силой. Публичная власть в сфере частного права имеет возможность поступиться своими интересами с обратной силой. Такой подход, как было показано, можно увидеть в Постановлении КС РФ от 15 февраля 2016 г. № 3-П.

Также при определении вопроса о допустимости обратной силы следует учесть степень ретроактивного вмешательства. Возможность «глубокой ретроактивности», т.е. распространения новых норм на отношения, которые возникли и уже прекратились к моменту принятия новых норм, кажется практически во всех случаях неприемлемой. Распространение новых норм на отношения, возникшие до их принятия, но сохраняющиеся и после этого, представляется в некоторых случаях допустимым.

Исключительность компетенции федерального законодателя в части придания обратной силы закону состоит в том, что, во-первых, никто иной наделить закон обратной силой не может; законодатель не вправе делегировать его решение иному органу. Во-вторых, допущение обратной силы не может выводиться из закона в отсутствие прямого указания об этом. Но самое главное, в-третьих, при включении в закон ретроактивной оговорки должны быть учтены специфика регулируемых отношений, содержание новых норм, глубина ретроактивного вмешательства и сбалансирована потребность во введении регулирования с подрывом тех принципов, ценностей и соображений, которые подкрепляют общее правило о недопустимости обратной силы. Должна быть обеспечена пропорциональность, и при обоснованной ретроактивности закон должен быть оценен на предмет конституционности.

Иначе говоря, принадлежащее законодателю право на придание закону обратной силы ограничено нормами Конституции РФ в ее истолковании КС РФ.

Конечно, как указано в абзаце втором п. 1 ст. 4 ГК РФ, допустимы законодательные исключения из этого принципа, но даже формально пределы дискреции законодателя в этом вопросе серьезно ограничены.

### ***1.3. Требование адаптации к новому закону***

Исходя из ряда позиций КС РФ, в том числе приведенного выше Постановления от 15 февраля 2016 г. № 3-П, законодатель с точки

зрения конституционного права не свободен и в вопросе введения в действие нового закона лишь на будущее: в ряде случаев как минимум требуется отсрочка вступления нового закона в силу для адаптации к нему участников гражданского оборота: «...внесение изменений в действующее правовое регулирование, оказывающих неблагоприятное воздействие на правовое положение граждан, должно сопровождаться соблюдением принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, который предполагает сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также в случае необходимости — предоставление гражданам возможности в течение некоторого переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям...».

Такой подход КС РФ вряд ли можно рассматривать просто как адресованную законодателю рекомендацию с учетом того, что он был положен в основу для признания неконституционным введения нового регулирования без предоставления продолжительной отсрочки вступления закона в силу. Однако условия, при наличии которых требуется, чтобы введение в действие закона осуществлялось с установлением такой отсрочки, а также критерии определения разумного периода отсрочки в полной мере не проработаны<sup>1</sup>.

#### **1.4. Интерпретационный характер нормы**

Как уже отмечалось в ранее вышедшем комментарии к ст. 422 ГК РФ<sup>2</sup>, изменение закона может носить уточняющий, интерпретационный характер, т.е. не менять сути прежних правил, а прояснять их. В таком случае не происходит изменения нормы, а лишь вносится уточнение ее редакции или в текст закона прямо включается то, что из прежних норм вывела судебная практика. Применение нового закона в таком случае будет приводить к тому же результату, что и применение старого. А раз так, то не так уж важна будет ошибка в действии во времени — регуляторный режим останется прежним. Поэтому в случае применения к ранее возникшим отношениям интерпретационного изменения закона говорить об обратной силе не стоит.

#### **1.5. Обратная сила и подзаконные нормативные правовые акты**

Статья 4 ГК РФ говорит о действии во времени гражданского законодательства и использует термины «*акт гражданского законодательства*» и «*закон*».

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 834–841 (авторы комментария к ст. 422 — А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

<sup>2</sup> Там же.

Пункт 2 ст. 3 ГК РФ определяет, что гражданское законодательство составляют соответствующие *федеральные законы*, а указы Президента РФ и постановления Правительства РФ в это понятие не включаются: п. 6 ст. 3 противопоставляет их гражданскому законодательству и объединяет в категории «*иные правовые акты*».

При этом согласно п. 6 ст. 3 ГК РФ *действие* и применение норм гражданского права, содержащихся в указах Президента РФ и постановлениях Правительства РФ, определяются правилами гл. 1 ГК РФ, которая, в свою очередь, и содержит комментируемую здесь ст. 4.

Можно предложить три варианта соотнесения этих положений ГК РФ.

Во-первых, можно сказать, что поскольку ст. 4 не упоминает иные правовые акты, то (а) в отношении них действует общий запрет обратной силы — они не могут быть в этом вопросе весомее закона; (б) им не может быть придана обратная сила специальным указанием в самом нормативном правовом акте; (б) они не могут распространять новые права и обязанности из ранее возникших отношений по предложению первого п. 2 ст. 4. Таким образом, в отношении «иных правовых актов» запрет обратной силы является тотальным.

Во-вторых, мыслим подход, согласно которому все правила ст. 4 распространяются и на «иные правовые акты» в силу широкого понимания п. 6 ст. 3: все, что сказано про действие во времени законов, касается и «иных правовых актов». Но все же специально обратную силу таких актов можно предусмотреть лишь федеральным законом (абзац второй п. 1 ст. 4).

В-третьих, нельзя не заметить, что ст. 4 говорит в двух общих правилах (запрет обратной силы в п. 1 и распространение нормы на новые права и обязанности из ранее возникших отношений в п. 2) об «актах гражданского законодательства», а в отношении исключений — специального указания в законе на обратную силу — лишь о «законе». Из этого можно сделать вывод, что ст. 4 видит разницу в данных понятиях и поэтому не выдерживает терминологию ст. 3, охватывая понятием «акты гражданского законодательства» и «иные акты», а не только законы.

В практике ясности в этом вопросе не наблюдается. Часто побеждает в том числе и второй из указанных вариантов толкования. Автору комментария к ст. 4 ГК РФ между тем кажется, что выбор должен быть сделан в пользу узкого понимания — первого варианта. Обратная сила обычно не является желательной в отношении действия во времени закона. Вряд ли стоит ее допускать в отношении подзаконных актов, за исключением, вероятно, случаев отказа публичной власти от своих

прав или публичных требований, если такой отказ не нарушит права иных частных лиц.

## **2. Действие закона применительно к ранее возникшим отношениям, сохраняющимся и после вступления в силу новых норм**

### **2.1. Соотношение п. 1 и п. 2 ст. 4 ГК РФ**

Смысл п. 1 ст. 4 ГК РФ в значительной степени нивелируется предложением первым п. 2, которое провозглашает ограниченную обратную силу закона, если по отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, после введения в действие этого акта появились новые права и обязанности. Эти права и обязанности уже подчиняются новому режиму даже при отсутствии отдельной специальной оговорки о такой ретроактивности.

Можно возразить: поскольку предложение первое п. 2 касается новых прав и обязанностей, то почему же мы ведем здесь речь об обратной силе? Можно ведь сказать, что обратная сила — это лишь иная квалификация чего-то уже появившегося и окончившегося в прошлом (сделки, права). А если речь идет о новом праве, пусть и по ранее возникшему отношению, то применение к нему нового закона обратной силой не является.

Но возникшее ранее отношение подчиняется определенной регуляторной программе, его развитие — возникновение новых прав и обязанностей — часто ею уже предопределено, наполнение этих прав и обязанностей задано изначально. Права и обязанности могут в дальнейшем возникать вне зависимости от волеизъявлений их обладателей, «автоматически», в силу самой регуляторной программы возникшего отношения. Дальнейшее вторжение нового регулирования в эту программу даже в части новых прав и обязанностей по сути поменяет ее саму. Поэтому предложение первое п. 2 ст. 4 ГК РФ, являясь генеральным исключением из нормы п. 1 настоящей статьи, устанавливает ограниченную обратную силу, причем действующую по умолчанию. Да, новый закон прямо не говорит об изменении уже возникшего в прошлом правового явления, но, меняя правила, по которым после его принятия проявляются последствия этого явления, в действительности влияет и на само явление.

При этом вопреки п. 1 обратная сила *такого рода* допускается без отдельного указания в законе, так как об этом генерально сказал сам ГК РФ.

Аналог предложения первого п. 2 мы увидим и в Вводном законе к ГК РФ, и в законах, посвященных современной реформе гражданского законодательства. Конституционность такой законодательной

практики распространения новых законодательных правил на ранее возникшие и продолжающиеся отношения с учетом сказанного в отношении п. 1 вызывает сомнения.

Такая «скрытая» ретроактивность, которая установлена по умолчанию в предложении первом п. 2 комментируемой статьи, может существенно подрывать правовую определенность и доверие участников оборота к законодательству.

В то же время в ряде случаев такое или похожее решение не будет иметь альтернативы. Подход предложения первого п. 2 ст. 4 ГК РФ вполне приемлем как *специальное* правило, применимое к тем или иным группам отношений. Например, от него нельзя отказаться полностью в вещном праве. Возможно, он в тех или иных пределах востребован и в праве корпоративном. Однако, как мы увидим далее, в отношении отдельных видов реформируемых институтов (например, недействительность сделок, исковая давность) и групп отношений (например, вещное право, договорные обязательства) постепенно вырабатываются отдельные, специфичные правила о действии во времени новых норм. Иначе говоря, многое зависит от особенностей регулируемых отношений. Поэтому положение предложения первого п. 2 ст. 4 ГК РФ выглядит как не вполне удачная попытка индуцировать простое общее правило, чья кажущаяся простота достигается за счет упущения многих нюансов.

К сожалению, часто подобные «технические» вопросы остаются без серьезного внимания разработчиков реформ, которые, вероятно, во многом полагаются на существование общего правила п. 2 ст. 4 и, либо дублируя его в законопроекте, либо вообще упуская темпоральный аспект реформы, избегают дискуссии о допустимости воздействия реформы на сложившиеся ранее отношения.

С учетом сказанного, возможно, стоило бы отказаться от предложения первого п. 2 ст. 4 ГК РФ не только из-за его конфликта с п. 1 ст. 4, но и из-за того, что при подготовке проектов нормативных правовых актов следовало бы каждый раз обсуждать отдельно вопросы действия новых норм во времени, приводя для применения закона к ранее возникшим отношениям такое обоснование, которого будет достаточно, чтобы отступить в специальном законе от п. 1 ст. 4 ГК РФ. Отсутствие подобной общей нормы может побудить более четко продумывать переходные положения новых нормативных правовых актов.

Таким образом, в принципе, идеальным решением *de lege ferenda* было бы исключение из текста ГК РФ предложения первого п. 2 ст. 4 и выработка специальных норм о действии новых правил во времени

в контексте каждого конкретного законопроекта с учетом специфики регулирования и регулируемых отношений (по крайней мере если предполагается, что новые нормы будут затрагивать и ранее возникшие отношения).

Как бы то ни было, *de lege lata* предложение первое п. 2 ст. 4 ГК РФ существует, и нам остается его каким-то образом толковать. Такое толкование должно осуществляться с учетом специфики регулируемых отношений и с оглядкой на обеспечиваемые Конституцией РФ защиту правомерных ожиданий участников оборота и недопущение подрыва доверия к закону.

Учитывая схоластическую терминологию комментируемого законоположения, наполнение его смыслом может быть сколь угодно широким или узким. Манипулируя понятием «отношение», можно имитировать тот момент его возникновения, который нужен для решения поставленной задачи. Равным образом и толкование того, что такое самостоятельные субъективные право и обязанность и когда они возникают, знает бесконечное количество вариантов.

Радует лишь то, что договорные отношения (а в силу ст. 156 ГК РФ, вероятно, также односторонние сделки и их последствия) выведены предложением вторым п. 2 из-под действия первого. См. подробнее п. 2.2 комментария к настоящей статье.

Примером, показывающим, что законодатель видит разницу между правилами п. 1 и п. 2 ст. 4, является ст. 5 Федерального закона от 26 ноября 2001 г. № 147-ФЗ «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации», посвященная наследованию и международному частному праву. Согласно установленному в ст. 5 этого Закона общему правилу часть третья ГК РФ применяется к гражданским правоотношениям, возникшим после введения ее в действие. А по гражданским правоотношениям, возникшим до введения в действие части третьей ГК РФ, только разд. V «Наследственное право» применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения ее в действие. Таким образом, законодатель, понимая, что последнее правило — проявление обратной силы, исключил ее для разд. VI «Международное частное право»<sup>1</sup> и допустил лишь для разд. V «Наследственное право» (впрочем, допустил вполне разумно, как будет сказано ниже).

---

<sup>1</sup> Аналогичным образом в ходе обновления положений ГК РФ, касающихся международного частного права, законодатель также указал, что измененная редакция применяется только к правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу соответствующего закона (п. 2 ст. 2 Федерального закона от 30 сентября 2013 г. № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации»).



## 2.2. Договор; односторонние сделки

Согласно п. 1 ст. 422 ГК РФ договор должен соответствовать императивным нормам, действующим на момент его заключения, а по смыслу п. 2 ст. 422 ГК РФ последующее изменение как императивных, так и диспозитивных норм (п. 4 ст. 421 ГК РФ) не влияет на договорное отношение, если только в законе не установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Таким образом, даже если договорные отношения продолжаются после введения новых правил, последние не применяются к правам и обязанностям, возникающим в рамках договорного отношения, даже если эти права и обязанности возникают после реформы. Иными словами, ст. 422 ГК РФ соответствует тексту п. 1 ст. 4 ГК РФ, а предложение первое п. 2 ст. 4 к договорным отношениям по общему правилу не применяется.

См. подробнее о действии актов гражданского законодательства в отношении договора, о некоторых особенностях и исключениях комментарий к ст. 422 ГК РФ<sup>1</sup>.

Если же закон в отступление от этого общего для договорного права правила прямо распространяет свое действие на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров, это означает, что он согласно п. 2 ст. 4 ГК РФ применяется к *новым правам и обязанностям*, возникшим из ранее заключенного договора после введения такого закона в действие, и не затрагивает права и обязанности, уже существовавшие ранее. Прямой отказ законодателя от правила п. 2 ст. 422 ГК РФ означает лишь применение к ранее заключенным договорам предложения первого п. 2 ст. 4 ГК РФ, а не иной (новый) режим уже возникших до нового закона прав и обязанностей. На эту особенность обращено внимание в Обзоре судебной практики ВС РФ № 5 (2017), утвержденном Президиумом ВС РФ 27 декабря 2017 г. В нем содержится вопрос-ответ № 3 о применении устанавливающей законную неустойку за неоплату тепловой энергии ч. 9.3 ст. 15 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении» к договорам, которые заключены до дня вступления в силу указанной нормы. Она вступила в силу 1 января 2016 г., и ее действие было прямо распространено законом на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. В Обзоре указано, что предусмотренная ч. 9.3 ст. 15 Федерального закона «О теплоснабжении» неустойка независи-

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 834–841 (авторы комментария к ст. 422 – А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

мо от даты заключения договора подлежит начислению за просрочку оплаты ресурсов, предоставленных после 1 января 2016 г. А к случаям просрочки оплаты тепловой энергии, предоставленной до 1 января 2016 г., подлежит применению ранее действовавший порядок расчета и взыскания пеней, в том числе когда такая просрочка наступила и (или) продолжает течь после 1 января 2016 г.

Следует также учитывать, что п. 2 ст. 422 ГК РФ в силу прямого указания на применение общих правил о договоре к односторонним сделкам (ст. 156 ГК РФ) может быть применен к таким волеизъявлениям и к последствиям, которые они порождают.

### **2.3. Недействительность сделок**

В современной России правила о недействительности сделок масштабно менялись дважды: при введении в действие части первой ГК РФ в 1995 г. и в 2013 г. при обновлении этой части ГК РФ. Примечательно, что в отношении действия во времени этих изменений единообразия не было. Логично предположить, что поскольку речь ведется о частных волеизъявлениях, и прежде всего о договорах, то переходные положения при реформировании правил об их недействительности должны затрагивать только новые волеизъявления: тяжело обосновать оценку действительности сделки по основаниям, которых не существовало в момент ее совершения.

Однако при введении в действие части первой ГК РФ возобладал иной подход. В ст. 9 Вводного закона к ГК РФ указано, что новые нормы об основаниях и последствиях недействительности сделок (ст. 162, 165–180) применяются к сделкам, требования о признании недействительными и последствиях недействительности которых рассматриваются судом, арбитражным судом или третейским судом после 1 января 1995 г., *независимо от времени совершения соответствующих сделок*. Таким образом, в середине 1990-х гг. законодателя не смущала откровенная обратная сила положений о недействительности, недопустимая, казалось бы, не только в силу правовых воззрений, но и формальной логики.

Но надо помнить, что за гражданское законодательство было до этого: в нем присутствовал сильнейший публичный элемент, который влиял и на действительность сделок. И если рассматривать это проявление обратной силы как отказ публичной власти от неоправданного вторжения в гражданско-правовые отношения, то оно должно быть признано уместным: при переходе от плановой экономики к рынку бывшие противозаконными с точки зрения советского права сделки реабилитировались в демократической России. По крайней мере это, вероятно, верно для внешнеэкономических сделок, совершенных с на-

рушением установленного ранее особого порядка подписания. Нельзя также не вспомнить ст. 49 ГК РСФСР 1964 г. о недействительности сделки, совершенной с целью, противной интересам государства и общества, применять которую в новых условиях было бы затруднительно.

Получается, что государство во многом ограничило именно самого себя, отказавшись от советских оснований недействительности. Гипотетически генеральное указание на обратную силу в этом вопросе могло повлечь и нарушение прав частных лиц, поэтому, вероятно, стоило бы прямо назвать основания недействительности, которые более не подлежат применению и в отношении старых сделок.

В ходе последней реформы правил о недействительности сделок было прямо указано на распространение новых правил лишь на новые волеизъявления. Согласно п. 6 ст. 3 Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ нормы ГК РФ в редакции этого Закона об основаниях и о последствиях недействительности сделок (ст. 166–176, 178–181) применяются к сделкам, совершенным после дня вступления в силу данного Закона (1 сентября 2013 г.).

Надо заметить, что с технической точки зрения Вводный закон к ГК РФ точнее, чем Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, поскольку он не называет в ряду правил об основаниях и последствиях недействительности сделок ст. 181 ГК РФ. Такое решение формально будет правильным: ст. 181 ГК РФ касается исковой давности по требованиям, связанным с недействительностью сделок, а не оснований и последствий их недействительности.

При этом Вводный закон к ГК РФ в ст. 10, посвященной исковой давности, содержит отдельное правило о действии во времени п. 2 ст. 181 ГК РФ: по иску о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности, право на предъявление которого возникло до 1 января 1995 г., применяется срок исковой давности, установленный для соответствующих исков *ранее действовавшим законодательством*. Таким образом, в отношении этого аспекта обратная сила допущена не была. Получается, что основания для оспаривания могли быть уже новыми, а исковая давность – прежней.

В отличие от Вводного закона к ГК РФ, в Законе от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ ст. 181 упомянута в п. 6 ст. 3 среди тех статей, которые посвящены основаниям и последствиям недействительности сделок, и не отражена вовсе в п. 9 ст. 3 о действии во времени обновленных правил об исковой давности.

Но, поскольку ни оснований, ни последствий недействительности в ст. 181 нет, в п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г.

№ 25 указано, что согласно п. 9 ст. 3 Закона от 7 мая 2013 г. от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ сроки исковой давности и правила их исчисления, в том числе установленные ст. 181 ГК РФ, применяются к требованиям, сроки предъявления которых были предусмотрены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 г. Иными словами, ВС РФ распространил на ст. 181 общее правило о действии во времени реформы исковой давности (обратная сила), которое будет рассмотрено ниже. Однако надо понимать, что новая редакция ст. 181 ГК РФ по сути воплотила в себе достижения прогрессивной судебной практики, работавшей с прежней редакцией этой статьи, — ее изменение носило интерпретационный характер (см. комментарий к ст. 181 ГК РФ<sup>1</sup>).

#### **2.4. Исковая давность**

Для отечественного права, к сожалению, стало традиционным правило об обратной силе измененных норм об исковой давности. Если исковая давность по ранее возникшему притязанию не истекла к моменту вступления в силу новых правил, ее начинают считать по-новому. Получается, что срок исковой давности будто бы изначально начал течь по новым правилам, которых не было ни в момент возникновения соответствующего отношения, ни в момент появления и «созревания» субъективного права, ни в момент появления притязания (материального права на иск).

Так, согласно ст. 10 Вводного закона к ГК РФ установленные частью первой ГК РФ сроки исковой давности (а после поправки 2001 г., которую принято считать уточняющей, и правила их исчисления) применяются к тем требованиям, сроки предъявления которых, предусмотренные ранее действовавшим законодательством, не истекли до 1 января 1995 г. Исключение составил упомянутый ранее п. 2 ст. 181 ГК РФ.

Как известно, специальные сроки исковой давности регулируются и частью второй ГК РФ. Изначально в Федеральном законе от 26 января 1996 г. № 15-ФЗ «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» отдельное правило об этих сроках отсутствовало. В конце ноября 2001 г. законодатель дополнил этот Закон аналогичным указанному выше правилом (Федеральный закон «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»). Однако еще до этого в п. 2 совместного Постанов-

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 859–871 (автор комментария к ст. 181 — С.В. Сарбаи).

ления Пленума ВС РФ от 12 ноября 2001 г. № 15 и Пленума ВАС РФ от 15 ноября 2001 г. № 18 (ныне не подлежащего применению) было указано, что при исчислении сроков исковой давности, установленных частью второй ГК РФ, судам *применительно* к части первой ст. 10 Вводного закона к ГК РФ следует учитывать, что установленные частью второй ГК РФ сроки исковой давности применяются к тем искам, сроки предъявления которых, предусмотренные ранее действовавшим законодательством, не истекли до 1 марта 1996 г.

Таким образом, используя явно против общепринятого значения слово «применительно», названное разъяснение допустило обратную силу сроков исковой давности части второй ГК РФ *по аналогии* закона. И хоть оно имело самостоятельное значение не такой уж долгий срок, нельзя не напомнить, что согласно абзацу второму п. 1 ст. 4 ГК РФ действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это *прямо* предусмотрено законом. Аналогия в этом вопросе недопустима. По крайней мере вряд ли применение прежних сроков исков исковой давности привело бы к серьезным затруднениям. А ведь речь шла об исковой давности по ранее возникшим договорным требованиям.

В дальнейшем правило о ретроактивном действии новых норм об исковой давности было использовано, когда по искам о применении последствий недействительности ничтожной сделки срок исковой давности был сокращен с десяти лет до трех лет (п. 2 ст. 2 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 109-ФЗ «О внесении изменения в статью 181 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Не составила исключения и первоначальная редакция п. 9 ст. 3 Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ: установленные положениями ГК РФ в редакции Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ сроки исковой давности и правила их исчисления применяются к требованиям, сроки предъявления которых были предусмотрены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 г.

Таким образом, применительно к исковой давности сложилось определенное решение проблемы действия новых норм во времени. Его вряд ли можно признать удачным, например, применительно к тем ситуациям, когда исковая давность за счет новых правил сокращается. Получается, что частное лицо ориентировалось на действующие сроки давности и не торопилось подавать иск, а после установления новых сокращенных сроков требование задвигается немедленно с момента вступления в силу новых норм. Если при этом закон не устанавливает длительную отсрочку вступления нового правила, индивид, имеющий право на иск, сталкивается с грубым ограничением своих прав. Такое

решение представляется попросту неконституционным. На это обстоятельство обратил внимание КС РФ.

Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ ввел десятилетние объективные сроки, после истечения которых исковая давность считается пропущенной: общий – в п. 2 ст. 196, а также специальные – в п. 2 ст. 181 (для лиц, предъявляющих иски о ничтожности сделок, в которых они не участвовали) и в п. 2 ст. 200 ГК РФ (для требований кредиторов по обязательству без определенного срока исполнения или до востребования).

Судебная практика посчитала, что и эти сроки распространяются на ранее возникшие требования, по которым не истекла трехлетняя исковая давность. Так, в п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43 было указано, что положения ГК РФ о сроках исковой давности и правилах их исчисления в редакции Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, в том числе закрепленные в ст. 181, п. 2 ст. 196 и п. 2 ст. 200 ГК РФ, применяются и к требованиям, сроки предъявления которых были предусмотрены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 г.

Однако КС РФ в Постановлении от 15 февраля 2016 г. № 3-П указал на несоответствие Конституции РФ п. 9 ст. 3 Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ в той мере, в какой на его основании решается вопрос о применении к ранее возникшим требованиям нового положения абзаца второго п. 2 ст. 200 ГК РФ о том, что срок исковой давности не может превышать десяти лет со дня возникновения обязательств, срок исполнения которых не определен или определен моментом востребования. При этом было отмечено право законодателя внести коррективы в Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, установив разумный срок, в течение которого исковая давность не считается истекшей, и кредитор по названным обязательствам в случаях, когда на момент вступления в силу нового абзаца второго п. 2 ст. 200 ГК РФ десятилетний срок для защиты нарушенного права истек, может, в частности, предъявив требование об исполнении обязательства в судебном порядке, рассчитывать на получение эффективной судебной защиты. Таким образом, КС РФ (а) высказался лишь в отношении десятилетнего срока по обязательствам без определенного срока исполнения или до востребования и (б) указал на необходимость ясно установленного периода для кредиторов по ранее возникшим обязательствам для предъявления их требований в суд (Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ вступил в силу 1 сентября 2013 г., и, с точки зрения КС РФ, этого периода времени оказалось недостаточно).

Законодатель же в итоге пошел более радикальным путем – пусть не до конца безупречным, но зато более удачным. Он дополнил ч. 9

ст. 3 этого Закона указанием на то, что все десятилетние сроки (предусмотренные п. 1 ст. 181, п. 2 ст. 196 и п. 2 ст. 200 ГК РФ) начинают течь не ранее 1 сентября 2013 г. Получается, что переходные положения Закона, вступившего в силу в 2013 г., Законом конца 2016 г. были изменены, что тоже означает, вероятно, ретроактивное действие нового, соответствующего Конституции РФ правила. При этом десятилетним срокам все равно была придана обратная сила, раз они затрагивают любые правопритязания вне зависимости о того, возникли они из отношений, существовавших после Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, или нет, и созрели ли они к 1 сентября 2013 г.

То, что КС РФ и в итоге сам законодатель увидели проблему в обсуждаемом подходе к изменению правил об исковой давности, нельзя не приветствовать. Но в целом обсуждение этого вопроса показывает, что глобальным его решением был бы отказ от обратной силы. Ведь для столь общего ее применения, думается, нужны более веские аргументы, чем некоторые неудобства параллельного применения судами двух режимов исковой давности — по прежним и по новым отношениям. В противном случае надо вовсе признать процессуальный характер этих сроков и исходить из того, что суд применяет ту исковую давность, которая действует на момент вынесения решения. Такое решение будет с этих позиций максимально удобным. Однако очевидно, что такой подход будет противоречить и здравому смыслу, и приведенному нами Постановлению КС РФ.

В судебной практике ВС РФ мы можем встретить утверждения о том, что общий подход к действию во времени новых правил об исковой давности должен быть иным. Например, в Определении СКЭС ВС РФ от 10 сентября 2018 г. по делу № 305-ЭС18-7255 указывается, что «[п]о общему правилу исковая давность исчисляется в соответствии с действующим на момент совершения правонарушения правовым регулированием (пункт 1 статьи 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)». Возможно, такой подход мог бы стать разумным решением.

Необходимо отметить еще одно изменение правил об исковой давности. Законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ ст. 206 ГК РФ дополнена п. 2, согласно которому, если по истечении срока исковой давности должник или иное обязанное лицо признает в письменной форме свой долг, течение исковой давности начинается заново.

До этого по крайней мере в отношении перерыва течения срока исковой давности по ст. 203 ГК РФ судебная практика исходила из того, что перерыв может иметь место лишь в пределах срока давности, а не после его истечения (п. 19 ранее действовавшего Постановления Пленума ВС РФ от 12 ноября 2001 г. № 15, Пленума ВАС РФ

от 15 ноября 2001 г. № 18). Не вдаваясь в дискуссию о правильности такого подхода и о том, нельзя ли было вывести схожее правило из иных норм, нужно заметить, что вопрос действия во времени нового п. 2 ст. 206 ГК РФ имеет большое значение.

Впрочем, Закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ в отношении ранее возникших отношений в п. 2 ст. 2 ограничился лишь воспроизведением правила, аналогичного критикуемому нами предложению первому п. 2 ст. 4 ГК РФ. Поскольку этот Закон затрагивает прежде всего договорные обязательства, принимая во внимание специальное правило предложения второго п. 2 ст. 4 и п. 2 ст. 422 ГК РФ, Пленум ВС РФ в п. 83 Постановления от 24 марта 2016 г. № 7 разъяснил, что (за исключением п. 1 ст. 395 ГК РФ) положения ГК РФ в измененной Законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ редакции не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 г.). При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК РФ.

Этот подход, ставший торжеством запрета обратной силы в отношении договорных обязательств, казалось бы, можно было бы распространить и на п. 2 ст. 206 ГК РФ, если признание долга осуществляется по такому обязательству.

Между тем в отношении п. 2 ст. 206 ГК РФ можно обосновать необходимость иного подхода. Смысл правила «договор и закон», как показано в комментарии к ст. 422 ГК РФ, заключается в общем недопущении вторжения в уже существующую программу договорного обязательства: стороны, вступив в договор, выразили волю на подчинение определенному набору условий, которые должны оставаться неизбылемы, если не появится новых волеизъявлений сторон, которые составят соглашение об изменении программы обязательства.

Однако если обязанное лицо уже в период действия п. 2 ст. 206 ГК РФ сделает письменное признание долга (очевидно, это будет волеизъявление), а другая сторона — кредитор — с таким волеизъявлением, надо думать, согласится, то будет ли применение к их отношениям из ранее заключенного договора этой новой нормы нарушением п. 2 ст. 422 ГК РФ? Более того, часто такое признание будет содержаться в двустороннем документе. Раз так, то можно, в принципе, говорить о том, что стороны сами поменяли условия игры, и обязанное лицо не может защищаться правилом ст. 422 ГК РФ о стабильности договора.

Конечно, пока сроки исковой давности и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон (абзац первый ст. 198



ГК РФ), однако стороны могут своим соглашением повлиять на судьбу притязания (например, изменить срок его исполнения, новировать его в новое, кредитор может простить просрочку и по соглашению с должником установить новый срок уже после просрочки и т.п.). Тем более получается, что теперь сам закон дает свободу даже для одностороннего обновления должником истекшей давности. Такое рассуждение приведет нас к тому, что п. 2 ст. 206 ГК РФ может быть применен и в отношении признания долга по договору, заключенному до его появления, лишь бы такое письменное признание было осуществлено после 1 июня 2015 г. Существует, правда, опасность не осознанного до конца сторонами «воскрешения» исковой давности, которая истекла много лет назад. Видимо, поэтому ВС РФ занял позицию, по которой п. 2 ст. 206 ГК РФ применим к требованиям, возникшим из договоров, заключенных до его появления, если и давность истекла, и долг был письменно признан должником уже после реформы (Определение СКЭС ВС РФ от 24 сентября 2019 г. № 305-ЭС18-8747).

### **2.5. Астрент**

Вышеупомянутый Закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ ввел в текст закона так называемую судебную неустойку (астрент), указав в п. 1 ст. 308.3 ГК РФ на право суда по требованию кредитора присудить в его пользу денежную сумму (п. 1 ст. 330) на случай неисполнения судебного акта об исполнении обязательства в натуре в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1). См. подробнее об астренте п. 7.11 комментария к ст. 12 ГК РФ.

Для практики арбитражных судов непосредственно это правило новым назвать нельзя: подобная неустойка могла быть присуждена арбитражным судом и исходя из ранее действовавшего законодательства, если верить ныне отмененному Постановлению Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22. Поэтому с точки зрения практики арбитражных судов эта новелла носит уточняющий, интерпретационный характер.

Постановление Пленума ВАС РФ не распространялось на суды общей юрисдикции, некоторые из которых, ссылаясь на п. 83 Постановления ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, принципиально отказывались присуждать астрент, если обязательство, которое требовалось исполнить в натуре, возникло из договора, заключенного до 1 июня 2015 г. Однако СКГД ВС РФ решила иначе. Так, в Определении от 11 сентября 2018 г. № 37-КГ18-4 указано: «Суд апелляционной инстанции... не учел, что предметом рассмотрения являлась возможность присуждения судебной неустойки не за неисполнение договора, а на случай

неисполнения публично-правового акта – вступившего в законную силу решения суда...»; «...проявление неуважения к суду влечет за собой ответственность, предусмотренную федеральным законом», а поэтому «если решение суда, согласно которому на должника судом возложена обязанность исполнения какого-либо обязательства в натуре, исполняется после 1 июня 2015 г., то по заявлению кредитора на случай неисполнения указанного судебного решения может быть присуждена в его пользу денежная сумма в порядке, предусмотренном пунктом 1 статьи 308.3 Гражданского кодекса Российской Федерации, и после названной даты независимо от того, когда был постановлен судебный акт» (аналогичную позицию см. также в Определении СКГД ВС РФ от 11 сентября 2018 г. № 14-КГ18-19).

Таким образом, для судов общей юрисдикции применение судебной неустойки (астрент) к ранее возникшим договорным обязательствам обосновывается ее специфичной публично-правовой природой. Любопытно при этом, что такая санкция удовлетворяет прежде всего частный интерес, пополняя имущественную массу кредитора, а не казну публично-правового образования. Так или иначе, решение вопроса о действии во времени правила о судебной неустойке одинаково и для судов общей юрисдикции, и для арбитражных судов. Пусть и по разным мотивам.

### ***2.6. Вещное право***

Как уже было отмечено, в вещном праве проблема понимания обратной силы закона встает особенно остро, поскольку речь идет не только о ранее возникшем отношении, а прежде всего о уже возникшем ранее праве собственности, которое имеет «вечный» характер, да и является к тому же наиболее полным правом на имущество и одной из основных конституционных ценностей.

С одной стороны, изменение содержания или прекращение этого права по воле законодателя, без волеизъявления собственника требует глубочайшего обоснования. С другой стороны, тотальный отказ от вторжения в уже существующие вещные права парализует возможность нового регулирования и развития целого ряда сфер жизни, например градостроительства.

В то же время новое значительное законодательное ограничение на будущее ранее возникшего вещного права (особенно права собственности) может расцениваться не просто как обратная сила закона в значении п. 1 ст. 4 ГК РФ, но и как частичное или полное лишение собственности, а значит, в ряде случаев оно должно сопровождаться компенсацией, как того требует, например, ст. 35 Конституции РФ. Отмену признания ранее возникших вещных прав можно допустить, лишь

если для такого крайнего, исключительного шага имеется жизненная потребность, и он сопровождается либо выплатой возмещения, либо широкой возможностью для «переоформления отношений» в режим какого-либо иного права, дающего сходные возможности.

Кроме того, нужно учитывать вероятность появления новых норм о защите вещных прав. По всей видимости, такие правила как минимум не могут применяться к нарушениям, совершенным до введения их в действие.

При этом нельзя не заметить, что миру известны примеры, когда какое-либо явление в вещном праве объявлялось недопустимым на будущее время, однако возникшие права продолжали существовать. Например, после вступления в силу ГГУ не допускалось более создание поэтажной собственности, но ранее возникшие права сохранялись (ст. 182 Вводного закона к ГГУ).

При принятии части первой ГК РФ Вводный закон к ГК РФ оказал достаточно скуп на положения, касающиеся права собственности. Учитывая политические проблемы с утверждением частной собственности на землю в тот период, это не вызывает особенного удивления.

Необходимо отметить, что в ст. 11 Вводного закона к ГК РФ было указано на обратную силу правил о приобретательной давности: действие ст. 234 ГК РФ распространили и на случаи, когда владение имуществом началось до вступления части первой ГК РФ в силу (до 1 января 1995 г.) и продолжилось в момент введения ее в действие. Другое дело, что полная и надлежащая работоспособность самой ст. 234 ГК РФ до сих пор находится под вопросом, поэтому проблема придания этой статье обратной силы остро не стояла.

В дальнейшем Вводный закон к ГК РФ стал дополняться специальными правилами для урегулирования вопросов собственности в «особых» ситуациях, которые возникли спустя длительное время после вступления в силу части первой ГК РФ. Приоритет над ГК РФ в части изъятия земельных участков получило законодательство об организации Олимпийских игр в Сочи, о проведении форума АТЭС во Владивостоке, о присоединении к Москве части территории Московской области (ст. 15–17). Статьей 20 Вводного закона к ГК РФ было установлено, что особенности изъятия земельных участков и расположенных на них объектов недвижимого имущества, иного имущества для государственных нужд в целях размещения объектов инфраструктуры территорий опережающего социально-экономического развития устанавливаются Федеральным законом от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации». Кроме того, во Вводном законе к ГК РФ

появилась ст. 22, которая значительно увеличилась в объеме в 2018 г. и стала своеобразным дополнением ст. 222 ГК РФ о самовольной постройке.

Действие во времени самой ст. 222 ГК РФ, ее редакций и нормативных правовых актов, нарушение которых ведет к объявлению постройки самовольной, представляет особый интерес. Данную ситуацию стоит прокомментировать более подробно.

Статья 222, с одной стороны, позволяет признать здание или сооружение «вне закона» и уничтожить его (иск о сносе постройки как самовольной), а с другой – дает шанс легализовать такую постройку и избежать столь сурового последствия нарушения публичного порядка строительства (иск о признании права собственности на самовольную постройку). Любопытно, что правила о действии во времени в отношении критериев для отнесения постройки к самовольным и ее сноса будут одни, а в отношении признания права собственности – другие.

В части возможности квалификации ранее построенного объекта как самовольной постройки по ст. 222 ГК РФ существует позиция Президиума ВАС РФ, который дал отрицательный ответ на этот вопрос. В отношении нежилых зданий, строений и сооружений Президиум ВАС РФ указал, что понятие «самовольная постройка» распространено на них ст. 222 ГК РФ, которая применяется с 1 января 1995 г. к гражданским правоотношениям, возникшим после ее введения в действие. Статья 109 ГК РСФСР 1964 г. предусматривала снос (безвозмездное изъятие) в качестве самовольных построек только жилых домов (дач), построенных гражданами. Таким образом, здания, строения и сооружения нежилого назначения, построенные до 1 января 1995 г., в силу закона не могут быть признаны самовольными постройками и снесены на этом основании (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 января 2012 г. № 12048/11)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Важно отметить, что узкое понимание ст. 109 ГК РСФСР 1964 г. поддерживал и Пленум Верховного Суда РСФСР, который в п. 9 постановления от 19 марта 1975 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в практике судов при применении ст. 109 ГК РСФСР о безвозмездном изъятии самовольно построенного дома» разъяснил, что, поскольку ст. 109 ГК РСФСР предусматривает право безвозмездного изъятия лишь жилого дома (дачи) или части дома (дачи), по указанным основаниям не могут быть изъяты *нежилые*, подсобные помещения (гаражи, сараи, летние кухни и т.п.).

В отношении круга объектов, подпадающих в сферу действия ст. 109 ГК РСФСР 1964 г., можно встретить и иной подход: «По смыслу указанных норм, а также исходя из положений пункта 1 статьи 4 Гражданского кодекса Российской Федерации вопрос о том, являлась ли указанная выше постройка самовольной, должен был разрешаться с учетом положений статьи 109 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., применяемых *по аналогии* не только к самовольно возведенным гражданами жилым домам (дачам), но и ко всем иным самовольным строениям независимо от их назначения и того, кем

Оценка того, соответствует ли постройка строительным и градостроительным нормам и правилам, а также соблюдены ли необходимые согласования при ее возведении, производится по нормативным правовым актам, действовавшим во время ее создания (см., например, определения СКГД ВС РФ от 24 апреля 2018 г. № 29-КГ18-3, от 15 июня 2018 г. № 29-КГ18-5, от 26 июня 2018 г. № 38-КГ18-11, № 38-КГ18-12).

Сама ст. 222 ГК РФ в последней ее редакции также обращает на это внимание, говоря в п. 1, что для признания постройки самовольной обсуждаются разрешенное использование земельного участка, требование о получении соответствующих согласований, разрешений и (или) градостроительные и строительные нормы и правила, *установленные на дату начала возведения или создания самовольной постройки и действующие на дату выявления самовольной постройки*<sup>1</sup>.

Таким образом, в отношении квалификации постройки как самовольной и ее сноса запрет обратной силы успешно работает.

Однако при этом согласно п. 6 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ и п. 6 ч. 3 ст. 311 АПК РФ установление или изменение федеральным законом оснований для признания здания, сооружения или другого строения самовольной постройкой, послуживших основанием для принятия судебного акта о сносе самовольной постройки, является новым обстоятельством, которое дает возможность пересмотреть судебные акты, вступившие в законную силу. Как же это сочетается с отмеченным отказом от ретроактивного действия закона?

По всей видимости, речь идет о таких изменениях закона, которые смягчили публичный порядок строительства или последствия его нарушения, т.е. о своеобразной «строительной амнистии». Например, теперь в силу абзаца второго п. 1 ст. 222 ГК РФ (введен Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 339-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и статью 22 Федерального закона «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»») не является самовольной постройкой объект, созданный с нарушением установленных в соот-

---

они построены, а также Правил 1984 г., то есть нормативных актов, действовавших на момент постройки спорного сооружения» (курсив наш. — М.Ц.) (Определение СКГД ВС РФ от 8 августа 2017 г. № 39-КГ17-6). Проблема такого подхода не только в том, что он расходится с постановлением Пленума Верховного Суда РСФСР, но также и в том, что ГК РСФСР 1964 г. не знал применения закона по аналогии. Кроме того, трудно себе представить такую санкцию, как снос или изъятие и зачисление в фонд *местного* совета народных депутатов строящегося в советское время с отступлением от проекта промышленного здания, например оборонного завода.

<sup>1</sup> Надо отметить, что речь идет в основном не об актах гражданского законодательства в смысле ст. 3 ГК РФ.

ветствии с законом ограничений использования земельного участка, если собственник данного объекта не знал и не мог знать о действии указанных ограничений в отношении принадлежащего ему земельного участка. Такие собственники, если ранее их добросовестность не была принята во внимание, вправе требовать ее учета при пересмотре дела по новому обстоятельству. Соответственно, мы имеем дело с обратной силой «во благо», когда государство смягчило регулирование. И если такое смягчение не умаляет прав иных частных лиц, то оно не должно вызывать возражений.

Если же постройка оказалась самовольной, то ее легализация происходит уже по иным правилам. Парадоксально, но согласно п. 31 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 при рассмотрении *иска о признании права* собственности на самовольную постройку применению подлежат положения п. 3 ст. 222 ГК РФ *в той редакции, которая действовала на момент принятия решения суда*. При этом надо иметь в виду, что названный пункт решал вопрос о выборе редакции ст. 222 ГК РФ, действовавшей до 1 сентября 2006 г. и после. Выбор был сделан в пользу редакции, существенно усложнившей легализацию.

Ныне действующий п. 3 ст. 222 ГК РФ говорит при этом, что среди прочего для легализации *на день обращения в суд* постройка должна соответствовать установленным требованиям.

Подход к выбору редакции ст. 222 ГК РФ обусловлен неоспорным утверждением о том, что суд создает право собственности, когда легализует постройку, и поэтому вопрос действия во времени решается так, будто речь идет о процессуальном законе (применяется тот закон, который работает в момент процессуального действия). А в части требований, которым должна соответствовать постройка, вероятно, работает аргумент о том, что новый легализованный объект должен вписываться в новое градостроительное и строительное регулирование.

Однако нельзя не заметить, что, во-первых, право требовать легализации, каким бы ни была его природа, возникает до обращения в суд. Иначе истец не обладал бы иском в материальном смысле. А во-вторых, объект не является новым — он физически существует, и его квалификация как самовольного производится по требованиям, действовавшим во время его создания.

Так или иначе, в отношении легализации постройки мы, очевидно, имеем дело с подходом, который надо квалифицировать как общее допущение обратной силы закона и подзаконных актов. Причем возможность такого действия во времени последних вызывает особые сомнения с учетом прокомментированного п. 1 ст. 4 ГК РФ.

Как мы видим, в рамках вещного права могут применяться принципиально разные модели действия новых норм во времени, предопределяемые спецификой регулируемого вопроса и содержания новых норм.

### **2.7. Корпоративное право**

Практически все изменения корпоративного законодательства по сформировавшейся традиции распространяются на ранее созданные юридические лица; часто законодатель требует даже активных действий юридического лица по приведению учредительных документов и т.п. в соответствие с новым регулированием. Так уж сложилось, что изменения законодательства о юридических лицах затрагивают уже существующие и ведущие свою деятельность компании. Является ли такой подход проявлением обратной силы закона? Для того чтобы понять это, посмотрим на следующие примеры.

Статья 6 Вводного закона к ГК РФ требовала привести в соответствие с новыми правилами учредительные документы юридических лиц, ряд из которых требовалось еще и преобразовать под страхом последующей ликвидации. Такая участь постигла, например, индивидуальные (семейные) частные предприятия (п. 5 ст. 6 Вводного закона к ГК РФ).

С 2001 г. абзац первый п. 3 ст. 94 Закона об АО звучит так: «Учредительные документы обществ, не соответствующие нормам настоящего Федерального закона, с момента введения в действие настоящего Федерального закона применяются в части, не противоречащей указанным нормам».

Первоначально он выглядел несколько иначе, а п. 3 ст. 94 Закона об АО содержал еще один абзац: «Учредительные документы акционерных обществ, созданных до введения в действие настоящего Федерального закона, подлежат приведению в соответствие с нормами настоящего Федерального закона не позднее 1 июля 1997 года. Учредительные документы указанных обществ до приведения их в соответствие с нормами настоящего Федерального закона с момента введения в действие настоящего Федерального закона применяются в части, не противоречащей указанным нормам. Учредительные документы обществ, не приведенные в соответствие с настоящим Федеральным законом до 1 июля 1997 года, считаются недействительными».

Подобные положения мы увидим и в ст. 59 Закона об ООО. В ней также указывается на обязательное при определенных условиях преобразование ранее созданных обществ с ограниченной ответственностью (товариществ с ограниченной ответственностью) в акционерные общества или производственные кооперативы либо обязательное *уменьшение числа их участников*. При этом вводится санкция: общества (товарищества), которые не привели свои учредительные документы

в соответствие с этим законом либо не преобразовались, могут быть *ликвидированы* в судебном порядке по требованию компетентного органа.

В этих ключевых примерах обессиливаются, по сути объявляются на будущее ничтожными положения ранее принятых учредительных документов, устанавливаются требования по приведению их в соответствие, по реорганизации ранее созданных юридических лиц, по «*уменьшению числа их участников*»; при этом еще и устанавливается ликвидация как санкция за невыполнение этих требований в срок. Выстроенные по закону отношения ломаются новым законом и объявляются *de facto* противозаконными. Вряд ли это укладывается в текст п. 1 ст. 4 ГК РФ. Более того, кажется, что такая интервенция чрезмерна даже для критикуемого нами предложения первого п. 2 ст. 4 ГК РФ. Складывается впечатление, что вся ст. 4 ГК РФ отброшена авторами законопроектов, посвященных юридическим лицам. Верно ли это?

После реформы ГК РФ выделяет корпоративные отношения в отдельную группу отношений, регулируемых гражданским законодательством (см. п. 1 ст. 2). Поэтому даже чисто формально на сегодняшний день можно ставить вопрос о применении ст. 4 к нормативным правовым актам, регулирующим отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими.

При этом может сложиться впечатление, что разработчики проекта реформы гражданского законодательства намеренно отграничили корпоративные отношения от прочих договорных, чтобы не позволить применять к ним общие положения о договоре, а значит, и п. 2 ст. 422 ГК РФ. Так, в п. 3 ст. 307.1 специально оговорено, что к корпоративным отношениям могут быть применены общие положения об обязательствах — именно подразд. 1 разд. III, а не подразд. II «Общие положения о договоре».

Если такое намерение действительно было, то оно не может не вызывать сомнений по крайней мере в части ст. 422 ГК РФ для непубличных корпораций, отношения между участниками которых, как утверждается в литературе, действительно напоминают *давно известный юриспруденции договор товарищества*. Хотя, конечно, существует мнение, согласно которому проводить полную аналогию между корпоративными и договорными отношениями все же не стоит. Вместе с тем даже если признать разницу между ними, то она не столь существенна, чтобы говорить о чем-то настолько особенном, что это оправдывало столь диаметрально противоположное отношение к действию новых норм во времени. Более того, возможно, это верно вообще для любой корпорации, создание которой требует определенного соглашения



и вступление в которую можно рассматривать как присоединение к нему, пусть и осуществляемое по специальным правилам. Как мы видим из приведенных положений Закона об АО и Закона об ООО, о таком подходе и масштабном применении в этой сфере п. 2 ст. 422 ГК РФ пока остается лишь мечтать и удивляться, что простой договор оказывается более защищенным от действия обратной силы закона, чем устав юридического лица.

В обоснование применения новых норм корпоративного права к ранее созданным юридическим лицам на будущее приводятся либо рассуждения о защите публичных интересов, либо об определенности и предсказуемости отношений: участники гражданских отношений должны понимать, с каким юридическим лицом имеют дело, каковы положение и полномочия его органов и т.п. Когда перед нами будет сонм обществ, существующих по разным правилам — в зависимости от регулирования, действовавшего в момент их создания, это породит массу затруднений и неудобств.

Однако в условиях рыночной экономики и демократического государства всегда будет и публичный интерес в стабильности уже сложившихся отношений «внутри» общества. Для того чтобы установить более важную публичную нужду, которая может пересилить его, требуется изучать каждый конкретный случай. Поэтому невозможно оправдать в общем смысле, что любое изменение корпоративного законодательства генерально должно затрагивать ранее созданные компании.

Например, лицам, которые хотят стать участниками непублично-го общества, не составит большого труда проверить учредительные документы и закон, действовавший на момент учреждения общества (изменения устава общества). Тяжело назвать добросовестным лицо, которое, полагаясь лишь на действующий в момент покупки им доли в непубличном обществе закон и не проверяя устав, получило статус участника, а далее ссылается на правовую неопределенность. Равным образом непросто привести какое-то разумное объяснение, например, для принудительной ликвидации индивидуального (семейного) частного предприятия только по причине принятия нового закона о системе юридических лиц.

Скорее всего, неразбериху в обороте породило бы не само распространение новых законов лишь на новые компании, а чрезвычайно активное появление таких актов и их изменение. Если бы речь приходилось вести о реформе корпоративного права, которая случается раз в несколько десятилетий, то не было бы особенных проблем с определением того, каков режим организаций, созданных до реформы, а каков — созданных после. В условиях же чрезвычайно частого

изменения законодательства о юридических лицах, конечно же, возникает мысль о том, что все они должны быть подведены под единый стандарт в ожидании следующего изменения закона. Таким образом, одна ошибка (частое изменение законодательства) порождает другую (обратная сила).

Безусловно, в каких-то случаях обратная сила может быть оправдана, например, для целей стандартизации прав акционеров публичных обществ, акции которых оборачиваются на бирже, или для защиты третьих лиц – кредиторов в отношении правил, которые их затрагивают. Инвесторы покупают акции на бирже и должны легко понимать, что им дают эти бумаги и что за режим у той или иной публичной корпорации. Большое количество эмитентов, живущих по разным правилам, создаст понятные риски и неудобства. Поэтому для целей упрощения оборота акций распространение нового закона на ранее созданные общества, возможно, даже жизненно необходимо.

Любопытно, что в последние годы заметны определенные шаги (пусть и не всегда ровные) в ограничении обратной силы в корпоративном праве. Так, Постановление Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27 пошло по пути учета общих правил ст. 4 ГК РФ о действии закона во времени.

С одной стороны, поскольку это разъяснение касается именно порядка совершения хозяйственным обществом сделок и их недействительности по так называемым корпоративным основаниям, то в п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27 указано, что новые положения Закона об АО и Закона об ООО подлежат применению к сделкам, совершенным после даты вступления изменений в силу (1 января 2017 г.). Такое решение сходно с подходом Закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ к реформе положений об основаниях и последствиях недействительности сделок. Собственно, сам вопрос не носит какого-то особого «корпоративного» характера, а касается общей проблематики недействительности.

С другой стороны, в этом же пункте указывается, что решения об одобрении, принятые до реформы в отношении сделок, которые не были заключены до нее, сохраняют свое действие и после реформы, если они соответствуют новым правилам. Такое разъяснение по сути порочит часть состоявшихся ранее решений, что является проявлением обратной силы закона. Однако признание действия подобных решений после реформы позволяло бы уже после нее совершать сделки, которые не подчинялись бы новым правилам.

Частично обнулилось также значение решений об одобрении сделки, являющейся одновременно крупной сделкой и сделкой, в соверше-

нии которой имеется заинтересованность, если такая сделка не была совершена до 1 января 2017 г.: согласие (одобрение) в таком случае действует лишь в отношении заинтересованности, а сделка подлежит отдельному одобрению по новым правилам о крупных сделках. При этом, что особенно важно в контексте запрета обратной силы закона, в случае наличия в уставе непубличного акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью иных правил совершения сделок с заинтересованностью предусмотренные п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27 разъяснения к соответствующим сделкам применяются с учетом данных правил. Таким образом, положения уставов сохраняют силу несмотря на реформу и продолжают применяться. Их не нужно приводить в соответствие с новыми правилами.

Интерес представляет также п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27: *после вступления в силу изменений в части одобрения крупных сделок в устав общества не могут быть включены иные правила совершения таких сделок или установлено, что такие сделки не подлежат одобрению*. При такой формулировке, вероятно, положения устава, существовавшие до реформы, свою силу сохраняют: ни закон, ни Постановление Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27 не говорят ни о том, что уставы необходимо приводить в соответствие с новыми правилами, ни о том, что их прежние положения утрачивают силу.

### **2.8. Наследственное право**

Федеральный закон «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» ввел с 1 марта 2002 г. новое наследственное право. Его ст. 5 воспроизводит по сути оба пункта ст. 4 ГК РФ применительно к этому законодательному материалу. Далее вопрос действия во времени проясняется.

Согласно ст. 6 данного Закона применительно к наследству, открывшемуся *до введения* в действие части третьей ГК РФ, круг наследников по закону определяется в соответствии с *новыми правилами*, если срок принятия наследства не истек на день введения в действие части третьей ГК РФ либо если указанный срок истек, но на день введения в действие части третьей ГК РФ наследство не было принято никем из наследников, указанных в ст. 532 и 548 ГК РСФСР, свидетельство о праве на наследство не было выдано публично-правовому образованию или не перешло в его собственность по иному основанию. В этих случаях лица, которые не могли быть наследниками по закону в соответствии с правилами ГК РСФСР, но являются таковыми по правилам части третьей ГК РФ (ст. 1142–1148), могли принять

наследство в течение шести месяцев со дня введения ее в действие. Соответственно, лица, не имевшие права принять наследство, открывшееся до реформы, такое право получили после нее. Закон в этой части получил обратную силу. Однако наследники, находящиеся в более близком родстве, сохранили свое положение, а поэтому новая норма не нарушила интересов частных лиц.

В отношении недействительности завещаний ст. 7 Федерального закона «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» установила, что к ранее совершенным завещаниям применяются правила об основаниях недействительности, действовавшие на день совершения завещания. Равным образом новые правила об обязательной доле в наследстве применяются лишь к новым завещаниям.

### ***2.9. Момент введения в действие***

Поскольку речь идет о столь важной материи, как гражданское право, обычно меняющий гражданско-правовые нормы закон содержит указание на день его вступления в силу. Правда, часто сам этот день вызывает вопрос: уже произошло изменение или нет? Например, Закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ говорит о применении новых правил об основаниях и последствиях недействительности к сделкам, совершенным после дня его вступления в силу, т.е. после 1 сентября 2013 г. По каким правилам следует оценивать действительность сделки, совершенной в этот день, — по новым или по старым? Скорее всего, автор такого правила полагал именно 1 сентября точкой, когда все уже изменилось, и «после дня вступления в силу» понимал как «после наступления» этого дня, а не после его окончания. Поэтому и сделка, совершенная 1 сентября 2013 г., должна оспариваться уже по новым правилам.

Если день вступления в силу акта гражданского законодательства отдельно не установлен, то он определяется по правилам Федерального закона «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» и Указу Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти».

### **Дополнительная литература**

[Договорное и обязательственное право \(общая часть\): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Рос-](#)

сийской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017. С. 834–841 (комментарий к ст. 422 ГК РФ).

*Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 136–146.

*Новоселова Л.А.* О сфере действия статьи 422 Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М.: Статут, 2009. С. 142–155.

*Рассказова Н.Ю.* Действие актов гражданского законодательства во времени // Арбитражные споры. 2019. № 2. С. 31–52.

*Церковников М.А.* Реформа обязательственного права в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации: действие новелл во времени и общие положения об ответственности // Судья. 2016. № 10. С. 14–21.

## Статья 5. Обычай

**1. Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.**

**2. Обычай, противоречащий обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяется.**

### *Комментарий*

#### **1. Обычай как источник права**

Обычай является традиционным и древнейшим источником права, значимость которого была высокой в прежние эпохи. Ныне роль обычая как правового регулятора постепенно падает.

О природе обычая как источника права написано много, как кажется, намного больше по сравнению с реальной практической ролью обычая в современном праве. Погружаться в эти споры об источнике легитимации обычая на страницах настоящего комментария нет оснований, так как данный вопрос относится скорее к области теории права. Важно, что в области гражданского права обычай источником права признается в силу прямого указания в законе, что отчасти снимает в сфере частного права остроту вопроса о том, является ли обычай полноценным самостоятельным источником права.

### *1.1. Понятие обычая как источника права*

В абзаце первом п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 дается следующее определение правового обычая: «Под обычаем, который в силу статьи 5 ГК РФ может быть применен судом при разрешении гражданско-правового спора, следует понимать не предусмотренное законодательством, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и иной деятельности...»

Правовые обычаи (совокупность которых нередко именуется обычным правом), как правило, принято противопоставлять так называемому писаному праву, которым является совокупность норм позитивного права, содержащихся в формализованных источниках права, исходящих от государства. Обычаи же становятся источником права не путем декретирования государством, а в результате спонтанной самоорганизации и координации поведения людей в обществе, естественным и эволюционным путем.

Поскольку обычное правило широко распространено, оно должно быть хорошо известно участникам соответствующих отношений. Теоретически может сложиться ситуация, когда конкретный индивид ведет себя вопреки обычаю, не зная о его содержании (например, какой-то иностранец не знает о местных обычаях или новичок на некоем рынке не знает о сложившемся на рынке обычном правиле), но если обычай существует и имеет правовое значение, его знание вменяется всем участникам социального отношения.

Итак, правовой обычай как источник права — это социальная норма (т.е. то, что люди делают и считают необходимым делать на практике), которая в силу своей устойчивости и распространенности наделяется значением субсидиарного источника позитивного права, подлежащего применению судами и подкрепленного всей мощью государственного аппарата.

Но происходит такая трансформация укорененного в социальной практике правила поведения в элемент обычного права далеко не всегда, а при соблюдении ряда условий.

Во-первых, традиция становится правовым обычаем только тогда, когда соответствующий вопрос вообще заслуживает правового вмешательства. Например, в том или ином обществе либо профессиональном сообществе может быть устойчивая традиция жать руки своим знакомым, предупреждать об опоздании на свидание, давать чаевые, приходиться в гости не с пустыми руками, отдавать монету при дарении

ножа, проводить поминки, не размещать в социальных сетях спойлеры после просмотра только что вышедшего блокбастера, поздравлять друзей с днем рождения и благодарить за помощь, не танцевать в процессе научного доклада, не позволять себе личных выпадов в ходе полемики на страницах академических изданий, накрывать стол после успешной защиты диссертации и т.п., но это само по себе еще не значит, что данная социальная норма непременно должна быть признана в качестве правовой. У тех, кто решил по каким-то соображениям не говорить спасибо за помощь или не вручать официанту чаевые, не должно возникнуть никаких проблем с правом и судами. Обычай имеет потенцию приобрести правовое значение только тогда, когда законодатель за счет ссылки на применимость в отношении какого-то вопроса обычая или суд при разрешении какого-то спора посчитают соответствующий вопрос достаточно общественно значимым, чтобы подвергнуть его правовой регуляции.

Во-вторых, правовой обычай – это такое сложившееся, устойчивое и широко применяемое правило социального поведения, которое воспринимается членами соответствующей социальной группы как нечто, чему не просто принято, а *необходимо* следовать (обычное правило). Если речь идет об обычае, претендующем на правовое значение, следовательно, в данном обществе люди считают себя связанными этим правилом.

В-третьих, некая традиция приобретает черты правовой нормы только тогда, когда данный вопрос не регулируется императивно или диспозитивно источниками писаного права, исходящими от государства, и не противоречит этим источникам, а также не попирает базовые принципы гражданского права, основы нравственности или правопорядка. См. подробнее комментарий к п. 2 комментария к настоящей статье.

Иначе говоря, обычай – это субсидиарный источник права. Простая социальная закономерность трансформируется в элемент права далеко не всегда, при соблюдении ряда условий и по общему правилу только в той степени, в которой это совместимо с официальным правом.

Кроме того, надо иметь в виду, что даже если мы констатируем наличие правового обычая в отношении того или иного вопроса, этот обычай вытесняется условиями договора или иной добровольно совершенной сделки (решения собрания, устава и др.). Воля конкретных контрагентов, выраженная в таких волеизъявлениях, превалирует над обычаем. Правовой обычай носит сугубо диспозитивный характер и может быть отвергнут сторонами конкретного правоотношения, если они в условиях сделки фиксируют отличные правила. Индивидуаль-

ная воля сторон договора выше любого коллективного обычая, и это принципиальный аспект, вытекающий из либеральной концепции общественного устройства (см. подробнее комментарий к п. 2 настоящей статьи).

Иногда в литературе обычай как источник права отличают от обыкновения, которое не настолько распространено, чтобы претендовать на статус правового обычая, или, хотя и является сложившейся социальной практикой, не воспринимается в обществе как нечто, чему необходимо следовать, но при этом применяется судом, если волеизъявление сторон сделки содержало отсылку к таким обыкновениям. Например, базисные условия поставки, закрепленные в Инкотермс, согласно доминирующим в России воззрениям, правовым обычаем не являются, но закрепленные в договоре торговые термины (например, *CIF* или *FOB*) должны наполняться судом смыслом за счет обращения к данному неофициальному своду правил. Впрочем, устоявшегося понимания термина «обыкновение» в российском праве не существует, и есть определенные сомнения в целесообразности его активного использования. Так, согласно п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24 в описанном выше примере с упоминанием в договоре базисных условий поставки даже при отсутствии прямой ссылки на Инкотермс соответствующие правила этого документа считаются инкорпорированными в договор.

Как бы то ни было, следует отметить различие между правовым обычаем и социологической закономерностью, которая не является правовым обычаем в связи с тем, что данная закономерность сама по себе не предопределяет требование к поведению и не закрепляет какие-либо права, а представляет собой просто статистическую норму (например, обычно взимаемая цена, обычное качество товара, обычные сроки, обычные условия договора, обычные отношения в семье, обычные меры проверки чистоты титула при приобретении недвижимости и т.п.). Речь здесь о типичном, нормальном, среднестатистическом.

Такая статистическая норма может в ряде случаев приобрести правовое значение. Так, например, обычная практика может учитываться при оценке добросовестности поведения лица (например, при определении субъективной добросовестности возмездного приобретателя чужой вещи поведение покупателя при заключении договора может сопоставляться с обычными мерами предосторожности, принятыми на рынке). Обычная практика определяет социальные ожидания, а подрыв таких ожиданий может быть признан недобросовестным поведением.



В частности, через конструкцию доброй совести обычная практика может влиять на восполнение некоего правоотношения новыми, подразумеваемыми требованиями и ограничениями (п. 3 ст. 307 ГК РФ).

В ряде случаев закон прямо указывает на такие проявления обычной практики для целей восполнения договора.

Так, например, ГК РФ не определяет, с какой периодичностью должна вноситься арендная плата при аренде недвижимости. Согласно п. 1 ст. 614 ГК РФ порядок, условия и сроки внесения арендной платы определяются договором аренды, но в случае, когда договором они не определены, считается, что установлены порядок, условия и сроки, обычно применяемые при аренде аналогичного имущества при сравнимых обстоятельствах. Поэтому здесь вполне может применяться сложившаяся на рынке недвижимости практика ежемесячной уплаты арендной платы при аренде недвижимости. Эта практика отражается в том, что в подавляющем большинстве договоров аренды, в которых стороны устанавливают такую периодичность, она носит именно ежемесячный характер.

Другой пример: нормы ГК РФ не содержат правила, восполняющего пробел в договоре купли-продажи в отношении того, подлежит ли передаче новая или бывшая в употреблении вещь. Если обратиться к ст. 469 ГК РФ, то мы увидим следующее: «При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется» (абзац первый п. 2). Но нередко подержанная вещь вполне пригодна для обычных целей использования не менее, чем новая. Означает ли это, что продавец может передать покупателю подержанную вещь? Сложившаяся практика, формирующая подразумеваемые ожидания, может помочь восполнить пробел условием договора о качестве. Например, обычно граждане продают друг другу автомобили или иные вещи бытового обихода, которые ранее продавец уже эксплуатировал, и поэтому подержанный характер проданного одним гражданином другому сотового телефона вряд ли удивит покупателя. Но в автосалонах обычно (если иное прямо не оговорено) продаются новые автомобили. Поэтому, если автосалон продал потребителю автомобиль, бывший в употреблении, не оговаривая прямо его новизну, но и не предупреждая о факте использования автомобиля, можно говорить о том, что автосалон нарушает подразумеваемое условие договора.

Но означает ли это, что ежемесячная уплата арендной платы или обычное и ожидаемое на соответствующем рынке качество товара, иные подобные случаи использования статистической нормы для

восполнения пробелов в договора суть проявления правового обычая по смыслу ст. 5 ГК РФ? Как было выше отмечено, у нас есть сомнения в том, что речь идет в данных случаях об обычаях как источнике позитивного права. Восполнение договорного или иного правоотношения за счет внедрения не прописанных в условиях сделки или нормах писаного права правил за счет обычно принятого, наиболее распространенного и посему ожидаемого и, вероятнее всего, подразумеваемого правила представляется более логичным осуществлять путем применения доктрины доброй совести (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Правовой же обычай логичнее видеть там, где речь идет о чем-то большем, чем просто статистическая норма, а именно о правиле, которое воспринимается в обществе как то, чему должно следовать. Впрочем, вопрос соотношения доктрины обычая и всей развернутой машинерии принципа доброй совести может вызывать дискуссии. Следует признать, что граница между этими явлениями очень зыбкая. Добросовестность и катализируемая ею практика судебного правотворчества явно способствуют оттеснению доктрины обычая на задворки правовой реальности.

### ***1.2. Аспект международного частного права***

Может возникнуть интересный вопрос о том, идет ли в комментируемом пункте речь об обычаях, устоявшихся исключительно в Российской Федерации, а не в других странах. Если к спору подлежит применению российское материальное право, из этого может быть сделан вывод, что суду следует учитывать российские обычаи, а не обычаи той страны, в которой имели место те или иные обстоятельства спора или проживает одна из его сторон. Впрочем, могут иметь место ситуации, когда это покажется не вполне справедливым. Например, если договор, к которому применяется российское право, исполнялся на территории иностранного государства, было бы логично как минимум в некоторых случаях учесть обычаи этого государства, а не российского общества (например, в отношении рабочих и выходных дней и т.п.). Впрочем, это исключение из тотального действия, применительно к материально-правовым отношениям права, возможно, должно касаться не только обычаев, но и иных элементов права зарубежной страны. Так, например, согласно п. 2 ст. 12 Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»), несмотря на действующее в силу выбора сторон или коллизионных норм применимое право, к вопросам о порядке исполнения обязательства применяется право страны по месту исполнения обязательства. Например, если по договору, к которому стороны выбрали применимым российское

право, те или иные действия во исполнение обязательства должны быть совершены должником в Саудовской Аравии, было бы логично как минимум частично учитывать особенности права (в том числе и обычаи) именно этой страны в той степени, в которой это не противоречит публичному порядку Российской Федерации. В ГК РФ такого положения нет, но его выведение на уровне судебной практики было бы, возможно, уместным. Впрочем, окончательные выводы делать следует специалистам в области международного частного права.

Кроме того, у экстерриториальных сообществ (см. о них п. 1.6 комментария к настоящей статье) могут сформироваться свои обычаи, о которых нельзя сказать, что они сугубо российские или относящиеся к какому-то иному государству. При соблюдении указанных в п. 1.1 условий они могут получить правовое признание.

### *1.3. Местные обычаи*

С учетом того, что гражданское право согласно Конституции РФ является исключительной компетенцией Российской Федерации, может сложиться мнение, что местные обычаи тех или иных регионов РФ учитываться при решении вопросов, отнесенных к области гражданского права, не должны. Но такой подход представляется неуместным в федеративном государстве и недостаточно гибким. Игнорирование не противоречащих закону, иным федеральным нормативным правовым актам и основам нравственности или правопорядка обычаев, сложившихся в регионе, например, с доминирующей мусульманской или буддистской культурой или в регионе проживания коренного малочисленного народа России, занимающегося охотой и прочими подобными промыслами, при рассмотрении спора, который разворачивается по поводу отношений, имевших место в этом регионе, под предлогом отсутствия у данного обычая общероссийского масштаба просто нелепо. Если вопрос не урегулирован законом и условиями сделки, блокирование возможности доступа суда к таким местным обычаям для восполнения пробела в праве было бы странным решением. В то же время было бы логично допустить учет судом региональных обычаев, только если спор связан с отношениями, имевшими место исключительно в данном конкретном регионе и между сторонами, проживающими (располагающимися) в нем. Естественно, если местный обычай противоречит законодательству РФ, основным положениям и принципам Конституции РФ либо основам правопорядка или нравственности, суд его не применяет.

О правовом значении местных обычаев нередко говорит и сам закон. Так, согласно ст. 221 ГК РФ в случаях, когда в соответствии с законом, общим разрешением, данным собственником, или в соответствии

с *местным обычаем* на определенной территории допускается сбор ягод, добыча (вылов) рыбы и других водных биологических ресурсов, сбор или добыча других общедоступных вещей и животных, право собственности на соответствующие вещи приобретает лицо, осуществившее их сбор или добычу.

Но может ли обычай быть столь локальным, чтобы распространяться на уровень конкретной деревни, дачного поселка, многоквартирного жилого дома, придомовой парковки или детской площадки? Например, может ли иметь правовое значение сложившийся обычай, согласно которому дети играют на конкретном общественном футбольном поле с утра, подростки в обед, а взрослые вечером? Комментируемая норма говорит о действии обычая в конкретной «области деятельности». Следует ли это понимать так, что речь может идти о некой деятельности в пределах сколь угодно ограниченной территории?

Иногда в качестве примера в пользу позиции о возможности подобных сколь угодно локальных обычаев приводят ст. 3 Федерального закона 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», согласно которому обычаи морского порта представляют собой правила поведения, сложившиеся и широко применяемые при оказании услуг в морском порту и не предусмотренные законодательством РФ. При этом полномочиями свидетельствовать такие обычаи на основании документов, подготовленных администрацией соответствующего морского порта, наделена ТПП РФ (см. Положение о порядке свидетельствования Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обычаев морских портов в Российской Федерации, утвержденное постановлением Правления ТПП РФ от 24 декабря 2009 г. № 67-7). Есть большие сомнения в том, что в данном конкретном случае речь идет именно об обычае, а не о подготовленных администрацией порта условиях работы в порту, к которым соответствующие лица, работающие в порту и (или) эксплуатирующие портовую инфраструктуру, вынужденно присоединяются. Ведь такие «обычаи» порта могут быть утверждены сразу же после его открытия, т.е. говорить о том, что они отражают некую естественным образом сформировавшуюся практику добровольных отношений, нельзя.

Впрочем, иррелевантность этого не вполне уместного примера не должна мешать нам согласиться с тем, что в целом наличие локальных обычаев жизнедеятельности на некой ограниченной территории, которые действительно складываются естественным путем, может быть учтено правом.

#### ***1.4. Профессиональные обычаи***

Внутри того или иного профессионального сообщества могут формироваться определенные стандарты поведения, которые при соблюдении условий, указанных в п. 1.1 комментария к настоящей статье, могут приобретать значение обычая правового. Иногда в этом отношении говорят о стандартах профессии, которые далеко не всегда фиксируются в каких-либо официальных источниках права. Например, профессиональный и ответственный журналист попытается перепроверить полученную от того или иного источника общественно важную информацию, публикация которой может вызвать панику или разогреть социальные конфликты.

Могут быть и иные профессиональные обычаи. Так, например, в среде моряков дальнего плавания существует всем известный обычай принудительного окунания тех, кто впервые пересекает экватор («праздник Нептуна»); вряд ли такие вполне ожидаемые водные процедуры могут стать основанием для деликтного иска, связанного с унижением человеческого достоинства, поскольку такое поведение освящено не противоречащим Конституции РФ, основам нравственности или правопорядка правовым обычаем. Существует целый ряд охотничьих традиций или неписаных правил профессионального спорта, которые при определенных условиях могут быть учтены как правовой обычай.

#### ***1.5. Обычаи в рамках конкретных социальных взаимодействий***

Нередко обычаи складываются применительно к модельным ситуациям, возникающим при взаимодействии разных людей по тем или иным вопросам. Например, существует обычай выстраиваться в очередь к кассе магазина или иных подобных местах, а также обычай покидать свое место в очереди и гарантированно возвращаться на это место при предварительном согласовании такого шага с человеком, стоящим в очереди за тобой. Вполне можно представить себе ситуации, когда этот обычай может приобрести правовое значение. Например, если в кассу вокзала образовалась очередь и некто, опаздывая на поезд, попытался прорваться к кассе, заявляя, что «ему очень нужно», но кассир отказался его обслужить, это вряд ли может быть рассмотрено как нарушение железнодорожной компанией своей обязанности заключить публичный договор с любым обратившимся и стать основой для взыскания убытков по правилам ст. 426 ГК РФ.

Другой пример: в России существует обычай платить за угощение и напитки за гостей, которых ты пригласил на свой день рождения. Если вдруг именинник по окончании банкета и после получения подарков отказывается соблюсти данный обычай и просит всех гостей разделить расходы, он нарушает обычай, поведение скупого именин-

ника вызовет неминуемое возмущение или социальное порицание, так как мы все считаем себя связанными указанным обычаем. Поэтому если он, столкнувшись с непониманием гостей, все-таки оплатил весь счет по требованию официанта, вряд ли его иск о неосновательном обогащении, поданный к тому или иному гостю, будет поддержан судом, так как поведение истца противоречит как минимум российским обычаям.

Более сложный вопрос может возникнуть в ситуации, когда молодой человек после свидания достал калькулятор и предложил девушке разделить счет, а после того, как у нее не оказалось средств, оплатил лишь свою часть и покинул заведение, оставив ее один на один с недовольной администрацией ресторана и полицией. Не вполне понятно, актуален ли в России еще в молодежной среде обычай покрытия расходов на свидание кавалером, или он уже отправлен в корзину как проявление сексизма и заменен бухгалтерским подходом к решению таких вопросов.

### ***1.6. Обычай внутри иных социальных групп по интересам***

Нередко та или иная практика складывается в отношениях внутри тех или иных социальных групп по интересам. Например, может ли получить правовое признание не оформленная в виде локального нормативного акта или условий заключенного договора сложившаяся практика отношений внутри некоего экстерриториального сообщества (например, религиозного сообщества, сообщества филателистов, фанатов того или иного футбольного клуба, геймеров, участвующих в многопользовательской онлайн-игре, пользователей некой социальной онлайн-сети и т.п.)? Ответ, безусловно, должен быть положительным. Если речь идет о некоем сообществе по интересам, говорить о правовом обычае действительно можно, если описанные выше в п. 1.1 комментария к настоящей статье критерии квалификации социальной практики как правового обычая налицо.

Современный мир движется в эпоху, когда социальные связи все менее определяются территориальными границами и все более — контактами в тех или иных «горизонтальных» сетевых формах между людьми, объединенными общностью интересов. До краха самой идеи территориального государства и самой концепции государственных границ еще, видимо, далеко (вопреки некоторым прогнозам), но игнорировать новую реальность, в которой гражданское общество разбивается на многочисленные, часто пересекающиеся социальные группы по интересам и убеждениям, не ограниченные границами на политической карте, право, видимо, себе позволить не может. Если мы готовы признать правовое значение за охотничьим обычаем одного

из малочисленных народов России, то было бы странно отказывать в правовом признании обычаев некоторого тесного сообщества программистов, живущих в разных концах России или мира в целом.

### **1.7. Обычай и практика, сложившаяся в отношениях сторон**

Более спорно отнесение к категории правового обычая практики, сложившейся в отношениях между конкретными индивидами. Может ли такая практика приобрести правовое значение и связать стороны на будущее? Например, является ли правовым обычаем устоявшаяся практика договорных отношений двух лиц, не оформленная в виде условий сделки?

Иногда сам ГК РФ упоминает такую практику как источник правил в рамках гражданских правоотношений наряду с обычаем. Например, согласно п. 2 ст. 165 ГК РФ установленные в п. 1 ст. 165 ГК РФ общие правила, определяющие момент возникновения юридических последствий при направлении юридически значимых сообщений, действуют, если иное не предусмотрено законом или условиями сделки либо не следует *из обычая или из практики, установившейся во взаимоотношениях сторон*.

Другой пример: согласно п. 2 ст. 438 ГК РФ молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, *обычая или из прежних деловых отношений сторон*.

Как мы видим, в данных нормах закон противопоставляет обычай и сложившуюся в отношениях сторон практику. И это кажется логичным.

Но что, если такой нормы, придающей правовое значение не только обычаю, но и сложившейся практике отношений сторон, закон не устанавливает?

В п. 1 ст. 1.9 Принципов УНИДРУА такие обыкновения указываются как источник прав и обязанностей наряду с обычаем: «Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях». Если, например, в договоре отсутствует указание на срок предъявления некоего извещения (например, разнарядок), но в силу устоявшейся между сторонами практики такие уведомления направлялись в определенный период, превращается ли эта практика в связывающее стороны правило?

Как представляется, с таким подходом сложно согласиться, ибо это будет нарушать принцип автономии воли сторон. То, что ранее стороны поступали определенным образом, не может само по себе сформировать обязанность поступать так же и в будущем и право другой стороны требовать такого поведения. Да, у другой стороны могут

сложиться ожидания, но должны быть обнаружены дополнительные основания для защиты таких ожиданий. Сам факт прежней практики не может вручить в руки партнеров какие-то права или возложить на них какие-то обязанности. Сложившаяся практика отношений сторон конкретного договора или какой-то относительно закрытой и узкой социальной группы, объединенной в правовое сообщество (например, отношений участников конкретной корпорации между собой или с менеджментом корпорации), сама по себе значения правового, связывающего на будущее обычая иметь не может. Иначе пришлось бы прийти к абсурдному выводу, что, если ранее компания много лет работала с конкретным клиентом на определенных условиях, это создает у клиента правовое притязание требовать заключения очередного договора на новый срок на тех же условиях, или к выводу, что условие договора, которое ранее многократно повторялось в прежних договорах с этим клиентом, по умолчанию исполняет новый договор, в котором это условие было исключено.

Тем не менее такая устоявшаяся практика может в ряде случаев и с учетом конкретных обстоятельств: а) свидетельствовать о заключении сторонами соглашения по соответствующим аспектам взаимодействия конклюдентными действиями или о наличии очевидных и допустимых доказательств, подтверждающих соответствующее ранее достигнутое устное соглашение; б) стать в конкретных обстоятельствах при наличии признаков явного злоупотребления правом основанием для блокирования попыток одной из сторон сослаться на отсутствие соответствующего такой практике формального правила в рамках их правоотношений посредством доктрины эстоппель или в) пролить свет на толкование неясных или противоречивых условий заключенного договора там, где буквальное и системное толкование договора не проясняет смысл договора (ст. 431 ГК РФ). Например, если стороны в рамках некоего длящегося договора постоянно используют определенный канал связи (в частности, переписку в определенном мессенджере), вряд ли уместно говорить об обычае по смыслу ст. 5 ГК РФ, но вполне можно говорить, что стороны конклюдентно договорились о признании данного канала связи в рамках своих коммуникаций в рамках данного договора.

Впрочем, следует признать, что вопрос о выполнении договора подразумеваемыми условиями за счет опоры на сложившуюся в отношениях между сторонами практику заслуживает дополнительной проработки.

### ***1.8. Обычаи делового оборота и иные обычаи***

До реформы 2013 г. данная статья говорила об обычаях делового оборота; в рамках реформы «деловой» характер обычая более не под-



черкивается. Обычаи могут теоретически формироваться и учитываться судом и за рамками коммерческого оборота (например, в области благотворительной деятельности). Это подтверждено и в п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Сущностного различия между деловыми (в том числе торговыми) обычаями и иными обычаями не существует.

### ***1.9. Вопрос документальной фиксации***

Обычай может быть зафиксирован документально. Например, обычаи могут фиксироваться в некоем неофициальном своде обычаев или в примерных условиях (стандартной документации), разработанных в том числе саморегулируемыми и иными некоммерческими организациями участников рынка для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати (ст. 427 ГК РФ; п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 16 марта 2014 г. № 16), либо в некоем ведомственном акте, формально не распространяющемся на отношения сторон, но отражающем сложившуюся практику поведения в некоторых социальных сферах (Определение СКГД ВС РФ от 7 декабря 2016 г. № 310-ЭС16-10931), либо даже в утратившем силу нормативном правовом акте, если содержащееся в нем правило продолжает устойчиво и широко применяться на практике. Обычай может быть изложен в решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Наличие каких-либо документов, которые претендуют на фиксацию обычаев, само по себе не предопределяет признание указанных там правил в качестве обычаев, если эти правила в реальности не являются сложившимися и широко применяемыми участниками оборота на практике. Обычай — то правило, которому в реальности следуют люди, социальная норма. Когда в договоре или иной сделке содержится прямая ссылка на соответствующий документ, подразумевающая согласие сторон с распространением указанных там правил на их отношения (например, ссылка на Инкотермс или иной подобный документ), содержащиеся в документе правила подлежат применению к отношениям сторон не как правовой обычай, а как часть волеизъявления сторон, как условия сделки, т.е. эти правила считаются инкорпорированными в сделку (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2014 г. № 14914/13). Ничего не меняется, если сам соответствующий документ в наименовании использует термин «обычай». Если широкая практика применения содержащихся в нем положений отсутствует, эти положения при наличии в договоре отсылки к такому документу применяются как условия сделки, а не как правовой обычай по смыслу ст. 5 ГК РФ. То же в силу п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля

2019 г. № 24 касается и международных документов рекомендательного характера (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, Модельные правила европейского частного права и т.п.).

В то же время документальная фиксация обычаев необязательна, при необходимости обычаи могут подтверждаться показаниями свидетелей или экспертов, представителями отраслевых ассоциаций, соответствующей торгово-промышленной палатой и т.п. (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

#### **1.10. Бремя доказывания**

Применительно к обычаю как к источнику права не применяется правило о том, что суд знает право. Бремя доказывания наличия обычая возлагается на ту сторону, которая ссылается на существование обычая (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Это представляется вполне логичным.

#### **1.11. Значение правового обычая**

Обычай может устанавливать тот или иной запрет, предписывающее правило, некое право или иное правило, восполняя тем самым пробел в официальных источниках права и условиях сделки (п. 2 ст. 5, п. 1 ст. 6, ст. 309, п. 5 ст. 421 ГК РФ). В таких ситуациях принято говорить об обычае *praeter legem*. Такие обычаи нацелены на восполнение пробелов, которые остаются в позитивном писаном праве, и дополнение писаного права.

Норма обычного права является полноценной правовой нормой, отличающейся от нормы писаного права только своим происхождением. Но если мы имеем обычай, устанавливающий некое требование к поведению, это не значит, что при нарушении соответствующего правила должны следовать все те санкции, которые наступают при нарушении правил, вытекающих из закона или иных формальных источников права либо условий сделки. Ряд санкций вполне применим к случаям нарушения обычая, ряд других — нет. Например, если сторона договора не исполнила обязанность, вытекающую из правового обычая, она может быть присуждена к возмещению убытков по общим правилам ст. 393 ГК РФ, как если бы ее поведение нарушало букву закона или условия договора. Но признать сделку недействительной в связи с противоречием ее оформлению сложившимся обычаем, конечно же, нельзя. Требования к оформлению сделки, несоблюдение которых может так или иначе опорочить сделку, установлены в ГК РФ, и никакой обычай дополнить основания для аннулирования сделки не может. Так, например, всем известно о существовании в Российской Федерации до сих пор обычая непременно ставить на сделки,

закрываемые организацией, печать. Может ли несоблюдение данного обычая означать порочность сделки? Конечно же, нет. Закон не требует ставить на сделках печать, если иное не установлено в специальных нормах закона (ст. 160 ГК РФ). Все, что может влечь такое несоответствие формы сделки данному устаревшему, но все еще устойчивому обычаю, — это удивление бухгалтера, но никак не правовые последствия. Как представляется, противоречие сделки обычаю в принципе не может влечь ее недействительности ни при каких условиях. Естественно, если сделка противоречит основам нравственности или правопорядка, отраженным в определенных обычаях, она ничтожна в силу попираания этих основ по правилам ст. 169 ГК РФ, а не в силу противоречия обычаю как таковому.

Кроме того, обычай может конкретизировать или уточнить то или иное положение закона либо иного формального источника права. В частности, закон может говорить о выходных и рабочих днях (например, предписывать совершение тех или иных действий в рабочие дни). Но какие дни признаются выходными? В России официальным выходным днем является воскресенье; второй же выходной день согласно ТК РФ при пятидневной рабочей неделе устанавливается коллективным договором или правилами внутреннего трудового распорядка; при этом оба выходных дня предоставляются, как правило, подряд (ст. 111 ТК РФ). Суббота на уровне нормативных правовых актов, как ни странно, официально выходным днем не признана, но *de facto*, в силу обычая, выходным днем по умолчанию, при отсутствии указания на обратное в договоре, признается. Косвенно на это указывает тот факт, что в ежегодно принимаемых постановлениях Правительства РФ о переносе выходных дней суббота рассматривается как день выходной. Поэтому если, например, некий гражданско-правовой договор устанавливает совершение тех или иных действий в течение определенного количества рабочих дней, по умолчанию суд будет исходить из того, что рабочими днями являются дни с понедельника по пятницу включительно.

В некоторых случаях обычай может сформировать исключение из установленного в законе правила. Но такие ситуации могут носить исключительный характер, поскольку формально обычай не может противоречить закону. См. подробнее комментарий к п. 2 настоящей статьи.

Или другой пример: ст. 160 ГК РФ указывает на необходимость подписания сделки, но то, что такое собственноручная подпись, закон не проясняет; здесь на первый план выходит обычай, который предполагает, что люди как минимум к моменту получения паспорта

должны придумать себе некий графический символ, которым они будут заверять официальные документы, от них исходящие, отражать свое согласие с тем или иным текстом (например, протоколом допроса) или подписывать свои опубликованные книги при вручении друзьям и коллегам. Кроме того, существует обычай, согласно которому эта подпись должна быть у человека одна (а не множество для разных дней недели), носить устойчивый характер (а не меняться ежедневно по настроению) и содержать какие-то намеки на буквы или хотя бы некий символ, а не рисунок проглотившего слона удава, родовой герб или девиз «За ВДВ!» (впрочем, последнее спорно).

Наконец, использование обычая для толкования неоднозначных или противоречивых условий договора предписано в ст. 431 ГК РФ. При столкновении с необходимостью прояснения смысла таких условий и фиксации невозможности решения этой задачи за счет буквального, а затем и системного толкования суд должен пытаться выявить истинную волю сторон за счет обращения к различным внешним источникам, в том числе и обычаю. Если текст договора не дает ясного указания в отношении вопроса о содержании противоречивого или неоднозначного условия, судам следует использовать правила толкования, указанные в ст. 431 ГК РФ. Суд согласно данной статье в целях определения истинной воли сторон может использовать как специфические обстоятельства, касающиеся данного конкретного договора и способные прояснить волю сторон, так и общие обычаи на данном рынке.

Как мы видим, правовое значение обычая крайне разнообразно.

### ***1.12. Жизненный цикл обычая***

Как непросто иногда установить, что некий правовой обычай уже появился, выделившись из устоявшейся социальной практики и создав не просто ожидания того, что все ему будут следовать, а ощущение обязательности, связанности, так и непросто определить, когда этот обычай изменился или прекратился. Иногда некоторые обычаи отмирают постепенно, но вероятность отмирания обычая суд исключать не должен. Тот факт, что на некоторый обычай ссылается судебная практика прошлого, не означает, что сейчас сохраняются основания считать некое правило частью российского неписаного права.

### ***1.13. Причины забвения обычая как источника права***

В былые времена, когда государство вело себя достаточно скромно на ниве правотворчества, социальные отношения были статичными, предопределялись вековыми традициями и менялись крайне медленно, технологический прогресс и экономический рост могли не наблюдаться на протяжении столетий, обычаи играли колоссальную роль в регули-

ровании общественных отношений. Все начало меняться в XIX—XX вв. К концу XX в. звезда обычая как источника права практически закатилась. В частности, на уровне российской судебной практики можно обнаружить крайне мало споров, в которых суд применяет обычай.

Каковы причины?

Во-первых, социально-экономический базис в западных странах в последние два века начал меняться с невероятной скоростью. Индустриализация, исчезновение крестьянства как класса, разрушение общин и цехов, урбанизация и индустриализация, формирование элементов постиндустриального общества, инновации и взрывной экономический рост, исчезновение статичных социальных структур, «горизонтальная» и «вертикальная» социальная мобильность, Интернет и цифровизация все большего числа социальных взаимодействий и другие характерные особенности последних бурных десятилетий сделали крайне проблематичным формирование устойчивых правил поведения «снизу», за счет «горизонтальной» координации людей. Когда все меняется столь быстро, обычаи просто не успевают сформироваться.

Во-вторых, XX—XIX вв. — это эпоха экспоненциального роста «регулирующего государства»: государство выросло в масштабах как в плане параметров бюджета и госаппарата, так и в плане интенсивности вовлечения в экономику и социальные отношения. Оно перетянуло на себя роль основного правотворца, занялось формированием обязательных правил с невиданными темпами и приступило к правотворческому «ковровому бомбометанию». Государство все назойливее накрывает все общественные процессы душным одеялом из миллионов норм, спеша укутать любой новый сегмент социальных отношений, не оставляя людей надолго с чувством свободы от пристального внимания Большого брата. К законодателю присоединились органы исполнительной власти, которые в рамках широко делегированной им законодателем правотворческой компетенции принимают ежегодно в сотни и даже тысячи раз больше норм, чем парламент. Все большую роль в регулировании играют и суды, которые формируют судебную практику и тем самым ориентируют людей на правила поведения. Некоторые новые страты отношения периодически оказываются временно без государственного регулирования, но этот период обычно недолог, часто устойчивые обычаи просто не успевают сформироваться до того момента, когда на эту область обращает свое пристальное внимание регулирующее государство.

В-третьих, пространство для применения обычаев сузилось еще и в силу того, что современная эпоха отмечена возрастанием объема дого-

ворного регулирования, скоростным «движением от статуса к контракту». Все в большей степени люди полагаются в социальных контрактах на формальные договоры, так как в условиях столь динамичной среды и деперсонифицированного рыночного оборота положиться на личную честность партнера и обычаи все труднее. Желая определенности и все меньше надеясь на моральные нормы и традиции, стороны обращаются к максимально детальному контрактному регулированию. Крупные бизнес-контракты стали огромными, все потребительские и практически все коммерческие контракты – стандартизированными. Мы сами не замечаем, в какой степени наши социальные контакты регулируются теперь всевозможными правилами, которые эмитируют крупные корпорации и навязываются нам в рамках договоров присоединения.

В-четвертых, особенно слабая роль обычая отмечается в таких странах, как Россия, в силу того, что нормальное эволюционное развитие социальной и экономической жизни прерывалось в течение XX в. дважды. Драматические и радикальные смены экономической формации в 1917 г. и затем в период реставрации капитализма в начале 1990-х гг. ломали сформировавшиеся социальные практики, традиции и даже представления о добре и зле.

В-пятых, нельзя не отметить, что экспансия принципа добросовестности и легитимизируемого за счет него судебного правотворчества отнимает хлеб у идеи правового обычая.

В итоге в силу этих и ряда иных причин обычаи превращаются постепенно в маргинальный источник права и имеют очень узкую сферу применения. Практикующий юрист может за всю свою профессиональную жизнь ни разу не столкнуться с применением судом обычая.

## **2. Место обычая в системе источников права**

Обычай выступает в качестве источника права и подлежит применению как правовая норма. Во-первых, это от противного следует из нормы комментируемого пункта. Во-вторых, о применении обычая как правового регулятора говорят п. 1 ст. 6 и п. 5 ст. 421 ГК РФ.

Но при этом обычай является субсидиарным источником права и занимает самое низкое место в иерархии таких источников. Обычай не может противоречить норме конституции, обычного закона или иного нормативного правового акта. Комментируемая норма буквально говорит о подчиненном отношении обычая к законодательству, но, как представляется, здесь следует идти далее: обычай, противоречащий правилу, обязательному в силу положений иных нормативных правовых актов (например, правилу, утвержденному постановлением Правительства РФ, актами соответствующих министерств и ведомств,

ЦБ РФ), также не может быть применен. Это расширительное толкование поддержано и ВС РФ (см. абзац третий п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от от 23 июня 2015 г. № 25). То же касается и соотношения обычая и международного договора с участием РФ. В этом плане, например, корректнее выглядит формулировка части первой ст. 309 ГК РФ: «Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований — в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями». Как мы видим, эта статья однозначно ставит обычай ниже не только закона, но и иных правовых актов.

Итак, обычай по общему правилу не имеет правовой силы для конкретного спора, если он противоречит писаному праву. Например, даже если в каком-то регионе практикуются кровная месть, дуэли или самосуд, ордалии, похищение невест, выдача родителями своих дочерей замуж помимо их воли, считаются социальной нормой подношения чиновникам или взятки дорожной полиции, практикуется насилие в отношении женщин в семье или рабство, табуируется добрачный секс, гомосексуалисты подвергаются остракизму и изгнанию, поощряются телесные наказания детей и т.п., такие традиции не имеют и не могут иметь в Российской Федерации статуса обычая, признаваемого правом, так как они противоречат законодательству РФ и положениям Конституции РФ. Более того, в связи с их неправомерностью государство должно прилагать все возможные усилия к искоренению таких традиций вплоть до применения уголовных наказаний к любителям подобной дремучей старины. Тот факт, что многие подобные обычаи древности остались в цивилизованных странах в прошлом, во многом есть следствие активного противодействия со стороны официального права. Именно так Русская Правда на заре Древнерусского государства искореняла кровную месть и пыталась обеспечивать монополию княжеской власти на насилие.

По этой же причине человек не может столкнуться с претензиями правового характера и быть привлечен к суду на основании, скажем, деликтного иска, если его «вина» состояла в том, что он вступил в добровольную сексуальную связь с партнером, достигшим возраста согласия, не удосужившись оформить брак, или увел чужую жену (мужа). Даже если в каком-то регионе России подобное поведение кажется вопиюще аморальным и противоречащим обычаям соответствующего народа, право такие эмоции не защищает, поскольку в силу основ Конституции РФ каждый взрослый индивид вправе свободно определять содержание своей половой жизни. Более того, если кто-то будет подвергнут наси-

лию в ответ на нарушение подобных неконституционных традиций, право должно защитить пострадавшего и покарать распоясавшегося традиционалиста.

Другой пример: многоженство как правовой институт в настоящий момент времени не просто не признается российским семейным законодательством, но противоречит ему. Хотя, естественно, вариант добровольного совместного проживания мужчин и женщин в любом сочетании и количестве (вплоть до коллективной семьи) закону не противоречит, но этот нестандартный союз, отличный от классического варианта союза мужчины и женщины, на данный момент не имеет правового статуса официального брака, и, соответственно, вторая и последующие жены не получают гражданских прав (в том числе имущественных) официальной супруги. Тот факт, что в том или ином регионе Российской Федерации такая практика построения семейной жизни считается социальной и этической нормой, ничего не меняет. Люди, конечно же, могут добровольно вступать в такие социальные, *de facto* семейные отношения, соответствующие их местным и религиозным традициям, но официально-правовой брачный статус они не получают, пока закон не будет изменен.

При этом правовой обычай уступает не только императивной, но и диспозитивной норме закона (п. 5 ст. 421 ГК РФ).

Но в ряде случаев сами нормы закона или иных правовых актов, устанавливающие соответствующие обязательные правила, производят инверсию иерархии и говорят о том, что иное может следовать из обычая (например, п. 2 ст. 314, ст. 315, п. 1 ст. 316 ГК РФ и десятки иных подобных норм). Тогда обычай приобретает приоритетное значение, и в случае конфликта обычая и такой нормы последняя уступает.

Могут ли из указанного принципа приоритета норм, закрепленных в официальных источниках права и не содержащих указаний на возможность отклонения от них обычаев, признаваться какие-то исключения? Возможно, в каких-то случаях подобные исключения могут быть допущены. Например, местный закон может запрещать создавать шум в ночное время суток и не оговаривать никаких исключений, но мы все знаем о прекрасном российском обычае устраивать фейерверки и прочий праздничный шум на Новый год. Вряд ли есть смысл признавать такой обычай неправомерным. Но как тогда согласовать это с положением комментируемой нормы о подчиненном положении обычая в иерархии источников права?

Как представляется, если вдруг в федеральном или региональном правовом регулировании не сделано соответствующее исключение, легализации подобного обычая можно добиться за счет телеологиче-



ской редукции гипотезы соответствующего законодательного правила и исключения из сферы его применения таких ситуаций, когда неприменение правила предопределено устоявшимся и общепризнанным обычаем и при этом существенного вреда общественным интересам это не причиняет. Вряд ли граждане могут рассчитывать на то, что вызванный ими наряд полиции будет принуждать соседей к тишине в новогоднюю ночь, а их деликтный иск о возмещении морального вреда, причиненного бурным ночным весельем в эту ночь, или иск о пресечении действий по подготовке шумного празднования Нового года будут удовлетворены. Право шуметь в ночное время в новогоднюю ночь, если оно не закреплено в писаном праве, вытекает из устойчивого обычая. Люди считают себя связанными этим обычаем. Никто не будет возмущаться тем, что кто-то из соседей в новогоднюю ночь тихо смотрел очередной сериал, но попытка пресечь ночные гуляния сторонников традиционного новогоднего времяпровождения будет категорически не воспринята. Общество считает, что именно в эту ночь любители спокойного ночного сна вынуждены мириться с бессонницей.

Наконец, обычай не может противоречить не только писаному праву, но и общим принципам гражданского права, включая принцип добросовестности (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), а также основам нравственности или правопорядка. Последнее не парадокс: в обществе может сложиться социальная практика, которая формально закону не противоречит, но глубоко порочна; в подобной ситуации суд не должен применять такую социальную норму и наделять ее правовым значением. Например, в студенческом сообществе могут сложиться обычаи списывания на экзаменах, но они, естественно, не могут быть признаны правовыми, что бы сами студенты ни думали о достоинствах такой практики. Поэтому студент, пойманный на списывании и отчисляемый за это из вуза, не может оспаривать такое решение со ссылкой на то, что он действовал в соответствии со старинным студенческим обычаем, а значит, правомерно.

Другой пример: в среде чиновников может сложиться традиция защищать кандидатские и докторские диссертации, написанные за деньги или по указанию другими людьми, ради фиктивного авторитета или иных корыстных задач, но даже если подобное академическое мошенничество не карается законом, оно не может приобрести значение правового обычая.

### ***2.1. Обычай и воля сторон сделки***

Обычай также не применяется, если в договоре или иной сделке содержится правило, отличное от того, что требует обычай. Это сле-

дует как из комментируемого пункта, так и из п. 1 ст. 6 и п. 5 ст. 421 ГК РФ. В современную эру относительного торжества личной автономии над традиционными нормами, не отраженными в источниках писаного права, участники оборота вправе устанавливать для себя любые правила, не противоречащие закону, иным правовым актам, принятым государством, основам нравственности или правопорядка, в виде условий соответствующих совершаемых ими сделок. Соблюдать обычаи стороны при согласовании условий сделок не обязаны, они ими не связаны и могут прямо отвергнуть, установив в договоре иное.

Естественно, эта свобода договора заканчивается тогда, когда содержание договора не просто попирает обычаи, а посягает на основы нравственности или правопорядка (ст. 169 ГК РФ) или сделка представляет собой результат явного злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ).

### Дополнительная литература

*Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Т. I. Часть общая.* СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 181–233.

*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1999. С. 93–95.

*Эннексерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полут. 1: Введение и общая часть / Пер. с 13-го нем. изд. проф. К.А. Граве, Г.Н. Полянской и В.А. Альтшулера; Под ред., с предисл. и введ. замеч. проф. Д.М. Генкина и проф. И.Б. Новицкого. М.: Иностран. лит., 1949. С. 139–157.

*Марченко М.Н.* Источники права: Учебное пособие. М.: Проспект, 2005. С. 483–503.

*Dedek H.* Not Merely Facts: Trade Usages in German Contract Law // Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration / F. Gélinas (ed.). Oxford University Press, 2016. P. 68–90.

Commentaries on European Contract Laws / N. Jansen, R. Zimmermann (eds.). Oxford University Press, 2018. P. 54–64 (автор раздела – *H. Dedek*).

*Van Muylem L.* Usages and Implied Terms under French and Belgian Positive Law: A Subjective Approach Tending Toward Objectivity // Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration / F. Gélinas (ed.). Oxford University Press, 2016. P. 26–43.

## **Статья 6. Применение гражданского законодательства по аналогии**

**1.** В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

**2.** При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

### *Комментарий*

#### **1. Пробел в праве**

Данная статья определяет алгоритм восполнения пробелов в праве. Позитивное право содержит колоссальное число пробелов. Вся мощь машины государственного правотворчества, набравшая невиданные обороты в XX в., не способна создать беспробельное правовое регулирование, поскольку общественные отношения также непрерывно усложняются и интенсифицируются и все большее их число начинает регулироваться позитивным правом.

Если в международном договоре, законе и подзаконных актах имеется пробел, он должен быть восполнен за счет применения условий договора. Если нет оснований признавать такие условия недействительными, нельзя говорить о пробеле в правовом регулировании в широком смысле этого слова. Естественно, в силу ст. 421 ГК РФ согласованные условия сделки имеют приоритет над диспозитивными нормами закона. В остальных случаях они могут дополнять то регулирование, которое следует из формализованных источников права. Но стороны договора не способны также урегулировать все возможные аспекты своих отношений, так как человеческие способности предвидения и внимания ограничены и, кроме того, согласование условий договора требует времени и средств, и на каком-то этапе попытки написать максимально полный контракт перестают быть экономически оправданными. Более того, многие общественные отношения в принципе не могут быть охвачены договорным регулированием (например, вопросы, связанные с режимом абсолютных прав).

Если вопрос не урегулирован в формализованных источниках права и отсутствует соответствующее договорное регулирование, согласно

комментируемому пункту и ст. 5 ГК РФ применяется правовой обычай. Если есть применимый правовой обычай, нельзя говорить о пробеле в праве, так как правовой обычай — тоже часть российского права. Но обычай в современных условиях в силу причин, описанных в комментариях к ст. 5 ГК РФ, большую роль как регулятор общественных отношений не играет.

Соответственно, если нет применимого обычая, мы имеем полноценный пробел в праве, который означает, что тот или иной вопрос не урегулирован ни в формализованных источниках права, ни в условиях сделки, ни в рамках обычного права. Именно это будет далее пониматься под пробелом в праве. Задача восполнения пробелов в праве возложена на суды, которые сталкиваются с такими пробелами при отправлении правосудия.

### ***1.1. Различие формально-логического и телеологического пробелов***

Следует различать формально-логический и телеологический пробелы.

#### ***(а) Формально-логический пробел***

Формально-логический пробел (также именуемый нередко истинным или логическим пробелом) имеет место тогда, когда в источниках позитивного права (законах, подзаконных нормативных правовых актах или обычаях), а также в условиях сделки отсутствует правило, которое абсолютно необходимо для разрешения спора. Иначе говоря, речь идет не о том, что без некоего отсутствующего правила спор будет решен крайне несправедливо, а о том, что отсутствие применимого правила блокирует саму возможность разрешения спора. Там, где необходимость подведения социального отношения в рамки права очевидна, суд не вправе отказать в разрешении спора по той причине, что в позитивном праве отсутствует применимое правовое предписание. Эта известная максима разделяется сейчас во всех развитых правовых порядках. Поэтому суд вынужден восполнять пробел, так как альтернатива — полный отказ в рассмотрении спора, а это неприемлемо с точки зрения гарантий судебной защиты прав.

В качестве примера можно привести следующую ситуацию: ст. 429.2 ГК РФ допускает уступку права акцепта по опциону, но в законе отсутствуют правила, регулирующие такую уступку. Нормы гл. 24 ГК РФ о перемене лиц в обязательстве тут механически неприменимы, так как эти нормы касаются уступки требования в обязательственном правоотношении, в то время как при уступке прав по опциону уступается секундарное (преобразовательное) право на введение основного договора в действие: если лицо, в пользу которого была совершена уступка прав по опциону, пришлет оференту акцепт, оферент окажется связанным

основным договором не с изначальной стороной соглашения об опционе, а с этим новым обладателем прав по опциону. В сфере такой уступки могут возникать сложные правовые вопросы, которые просто необходимо как-то разрешить. Никаких же норм об обороте вторичных прав в ГК РФ нет. Очевиден формально-логический пробел, который судам следует восполнять посредством методов, указанных в комментируемой статье (в том числе за счет применения некоторых норм ГК РФ о цессии по аналогии закона).

Еще один пример: встает вопрос о моменте возникновения юридических последствий юридически значимых извещений (например, о наступлении страхового случая, об уступке, о готовности товара к отгрузке и т.п.). Закон или договор упоминают такое извещение и его правовые последствия, но до 1 сентября 2013 г., когда вступила в силу ст. 165.1 ГК РФ, в законодательстве не было общего правила определения момента наступления таких правовых последствий. Представим, что сейчас возникает спор по поводу извещений, направленных до 1 сентября 2013 г., и ст. 165.1 ГК РФ в силу правил ст. 422 ГК РФ не может применяться с обратной силой. Как суду следует определить момент возникновения юридических последствий — по дате направления письма или по дате его доставки? Здесь мы имеем формально-логический, истинный пробел в праве, так как разрешить спор просто логически невозможно, не определив этот момент (нельзя положиться на некую общую норму). Суд вынужден переходить к восполнению пробела. В частности, ему следует здесь применить по аналогии норму п. 1 ст. 433 ГК РФ, согласно которой акцепт оферты приобретает юридическое значение и влечет заключение договора с момента доставки акцепта оференту. Очевидно, что данная норма регулирует схожий вопрос, и оснований решать его применительно к иным юридически значимым извещениям иначе, чем в случае с акцептом, и на равном месте дифференцировать регулирование нет. Но для иллюстрации нашего тезиса здесь даже неважно, как будет восполнен данный пробел. Важно лишь отметить, что мы имеем пробел, и он носит истинный (формально-логический) характер.

Другой пример: до 1 июня 2015 г. в ГК РФ не было общих норм о порядке импутации платежей, которые совершает должник, не оговаривая, какой из нескольких однородных долгов он погашает. С 1 июня 2015 г. такое регулирование появилось в ст. 319.1 ГК РФ. Но представим, что сейчас рассматривается спор, возникший в связи с договором подряда, который был заключен до 1 июня 2015 г. В силу ст. 422 ГК РФ нормы ст. 319.1 ГК РФ к нему не могут применяться, и спор подлежит разрешению на основании общих норм ГК РФ, действовавших

в момент заключения договора. И так, у должника есть два денежных долга перед кредитором, вытекающих из разных правовых оснований, должник осуществляет платеж и не указывает, какой из долгов погашен. Какой долг право должно считать в такой ситуации погашенным? Очевидно, что данный вопрос должен быть разрешен, суд не может избежать его разрешения, а значит, пробел в праве носит формально-логический характер. В частности, суд может и должен в такой ситуации применить по аналогии правила ст. 522 ГК РФ, которые разрешали в момент заключения указанного договора и продолжают разрешать этот вопрос применительно к платежам по договору поставки.

*(б) Телеологический пробел*

Телеологический пробел имеет место тогда, когда спор можно разрешить на основании существующих общих норм позитивного права, но суду очевидно, что с точки зрения целей права и политико-правовых соображений в позитивном праве отсутствует специальная норма, которая должна была бы учесть специфику ситуации, и разрешение спора на основании общих норм будет явно несправедливо и неразумно. Иначе говоря, здесь суд обнаруживает потенциал для улучшения права и его развития, а для легитимации включения режима правотворчества объявляет наличие пробела в праве.

Например, когда суд применяет к непоименованной договорной конструкции товарной неустойки или к задатку правило ст. 333 ГК РФ об обычной неустойке по аналогии закона (п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81), речь не идет о восполнении истинного пробела — тут восполняется пробел телеологический. Ведь суд вполне может разрешить спор на основании общих правил ст. 309 ГК РФ о том, что обязательства должны исполняться, ст. 421 ГК РФ о свободе договора, ст. 11 ГК РФ о судебной защите гражданских прав и ст. 12 ГК РФ о возможности понуждения к исполнению гражданских обязанностей. Применение этих правил создает основу для присуждения к передаче всего согласованного в договоре в качестве товарной неустойки (или удовлетворения в полном объеме требования о возврате задатка в точности в двойном размере) и отказа в применении заявления нарушителя договора о несоразмерности такой санкции. Тем не менее суд осознает, что было бы странно, чтобы право предполагало снижение обычной денежной неустойки и отказывало проявлять аналогичный патернализм в отношении схожей ситуации с неустойкой товарной или с задатком. Поэтому суд обнаруживает отсутствие в позитивном праве нормы, наличие которой кажется ему целесообразным и справедливым (телеологический пробел), и воспол-

няет его посредством применения инструментария, предусмотренного в комментируемой статье (в данном примере — за счет применения по аналогии закона ст. 333 ГК РФ).

Другой пример: до 1 июня 2015 г. в ГК РФ не было общих правил о взыскании абстрактных убытков при вынужденном расторжении нарушенного договора, такие правила появились только с принятием ст. 393.1 ГК РФ. Представим, что сейчас рассматривается спор, основанный на договоре купли-продажи акций, который был заключен до указанной даты и к которому в силу ст. 422 ГК РФ правила расчета абстрактных убытков, закрепленные в ст. 393.1 ГК РФ, не применяются. Означает ли отсутствие применимого правила о порядке расчета абстрактных убытков, что суд не может разрешить спор? Ответ отрицательный. Суд вполне может здесь применить общие правила доказывания убытков, не используя ту упрощенную формулу доказывания, которую предлагает нам механизм расчета абстрактных убытков. Но насколько это справедливо? Не разумнее ли обнаружить здесь телеологический пробел и восполнить его по правилам ст. 6 ГК РФ, введя в наше право по состоянию до 1 июня 2015 г. общий режим абстрактных убытков? Конкретно данный пробел можно было бы легко восполнить за счет применения по аналогии правил п. 3 ст. 524 ГК РФ, которые и до 2015 г. предписывали формулу расчета абстрактных убытков на случай расторжения нарушенного договора поставки (в частности, указывают на то, что абстрактные убытки определяются как разница между ценой расторгнутого договора и рыночной ценой на товар на момент расторжения договора). Такое решение представляется вполне обоснованным.

Большинство случаев, когда на практике суды применяют аналогию закона, — это случаи пробела не формально-логического, а телеологического.

Часто суды решают задачу формирования неизвестных закону исключений из общих правил, не объявляя наличие телеологического пробела в праве. Например, сталкиваясь с некой специальной нормой, которая кажется не учитывающей ту или иную специфику конкретной ситуации, они осуществляют телеологическую редукцию этой специальной нормы (ограничительное толкование на основе толкования целей нормы), усекая ее гипотезу и тем самым создавая условия для применения некой еще более общей нормы. Например, суду может показаться, что правило ст. 333 ГК РФ, позволяющее суду снизить несоразмерную неустойку, не должно применяться в случаях умышленного нарушения договора (это, кстати, вполне логичный вывод); в такой ситуации он может истолковать гипотезу ст. 333 ГК РФ

ограничительно и отказаться применять эту норму в ситуации умысла. В таком случае пробел в праве не открывается, поскольку имеются еще более общие нормы о свободе договора, обязательности согласованных условий для сторон, судебной защите договорных прав и возможности принуждения к исполнению договорной обязанности, которые за счет усечения гипотезы правила ст. 333 ГК РФ могут позволить суду обосновать свой вывод о взыскании всей согласованной неустойки.

Но что, если ограничительное истолкование некой нормы, усекающее ее гипотезу, оставляет суд без применимой нормы, поскольку более общей нормы, которая покрывала бы данную ситуацию, нет? В таком случае открывается телеологический пробел, и у суда появляется возможность восполнить образовавшийся пробел за счет инструментов, указанных в ст. 6 ГК РФ.

Когда же речь идет о формировании исключений из неких самых общих норм (например, из правила о свободе осуществления владения, пользования и распоряжения собственником своим имуществом), суд обычно толкует эту общую норму ограничительно, что позволяет ему обнаружить телеологический пробел и сформировать некое специальное правило, *de facto* отклоняющееся от данного общего правового решения (например, об ограничении такой свободы), перенося по аналогии такое правило из правового режима некоего иного института, или за счет иных инструментов восполнения пробелов в праве согласно ст. 6 ГК РФ (например, за счет аналогии права или посредством применения самых общих требований разумности, справедливости и добросовестности). В ряде случаев, когда общая норма устанавливает некое право, которое по политико-правовым соображениям следует усечь, по сути тот же эффект может быть достигнут за счет применения доктрины злоупотребления правом.

### ***1.2. Пробел в праве, подлежащий восполнению, или оправданное умолчание***

Перед тем как начать заниматься восполнением пробела в праве, суд должен задать себе вопрос о том, действительно ли имеются основания для восполнения пробела.

Если вопрос стоит о возможности констатации формально-логического, истинного пробела в праве, суд должен исключить ситуацию, при которой данный вопрос не урегулирован в праве вполне осознанно и в принципе не требует регулирования. Далеко не всегда те или иные социальные контакты следует вводить в сферу правового контроля, и некоторые сферы социальных взаимодействий должны быть иммунизированы от государственного вмешательства (например, позитивное право крайне ограниченно регулирует неимущественные отношения



внутри семьи или между друзьями, и делает это вполне осознанно). «Легализация» социальных взаимоотношений должна знать свои пределы, поэтому далеко не всегда кажущийся пробел в позитивном праве требуется восполнять.

Если речь идет о возможности констатации телеологического пробела, перед судом встают иные вопросы: не является ли молчание источников права по данному вопросу вполне обоснованным, так как закон считает, что общих правил вполне достаточно? И не следует ли здесь поэтому применять, например, не аргумент об аналогии (т.е. восполнять пробел за счет аналогии) или использовать иные указанные в ст. 6 ГК РФ приемы восполнения пробела, а аргумент от противного (a contrario)? Вопрос даже не в том, что законодатель специально не установил соответствующего специального правила для какого-то вопроса, рассчитывая на применение неких общих правил, а в том, что разрешение спора на основании общих правил, возможно, является вполне справедливым и разумным, и в создании некоего уточняющего специального правила нет особой необходимости.

Так, в правилах ст. 475 или ст. 723 ГК РФ о праве покупателя или заказчика, столкнувшихся с дефектами в товарах или результатах работ, на соразмерное снижение цены не указано на то, что такое снижение обусловлено виной продавца или подрядчика в обнаруженном дефекте (или, если нарушителем является коммерсант, отсутствием обстоятельств непреодолимой силы). Но это не случайное умолчание, а вполне обоснованное решение, характерное для многих континентально-европейских стран и многих актов международной унификации частного права. В этих правовых системах и международных актах соразмерное снижение цены выводится из-под действия правил законодательства об основаниях освобождения от ответственности, и соразмерное снижение цены допускается даже в тех случаях, когда продавец или подрядчик осуществили свое предоставление с дефектами без вины (или по причине непреодолимой силы). Соответственно, если судья придет к выводу, что данная идея представляется обоснованной, он не должен открывать телеологический пробел и пытаться восполнить его за счет применения по аналогии правил ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности за нарушение обязательства.

Другой пример: ст. 1088–1089 ГК РФ предоставляют строго определенным лицам (в первую очередь тем, кто находился на иждивении погибшего), понесшим ущерб в результате смерти кормильца, право требовать возмещения вреда с делинквента, причинившего смерть кормильца. Возмещение вреда лицам, понесшим чисто экономический ущерб в результате смерти кормильца, осуществляется в размере той

доли заработка (дохода) умершего, которую они получали или имели право получать на свое содержание при жизни кормильца. Представим, что встает вопрос о том, может ли банк или иной кредитор погибшего потребовать от делинквента также возмещения вреда в виде той части долга, который погибший имел перед кредитором, и который был *de facto* списан и не перешел к наследникам в связи со смертью должника, но на погашение которого в случае сохранения жизни должника кредитор вполне мог рассчитывать. Указанные статьи ГК РФ таких кредиторов не упоминают. Очевидно, что формально-логического пробела в праве здесь нет, так как суд вполне может разрешить спор на основании общих норм ГК РФ. Вопрос лишь в том, как понимать общие правила о деликте. Проблема усугубляется отсутствием четкого понимания пределов «генеральности» деликта в российском праве и допустимости взыскания чистых экономических убытков (см. подробнее о чистых экономических убытках комментариев к п. 1 ст. 15 ГК РФ). Если считать, что российское деликтное право по общему правилу не допускает взыскание подобных чистых экономических убытков, не являющихся следствием причинения первичного вреда личности, имуществу или иным абсолютным правам истца, то общим правилом является отказ в удовлетворении исков о взыскании чистых экономических убытков, причиненных кредиторам погибшего и иным лицам, которые могли рассчитывать на некие платежи от погибшего, но упускают такую выгоду в связи с его смертью, а нормы ст. 1088 и 1089 ГК РФ превращаются в нормы-исключения, дающие такое право строго указанным в норме иждивенцам. Истинного пробела в праве здесь нет. Но можно ли в таком случае обнаружить телеологический пробел и, применяя правила ст. 1088 и 1089 ГК РФ по аналогии, обосновать удовлетворение исков обычных кредиторов погибшего к делинквенту? Вопрос этот может вызывать серьезные споры. Может показаться убедительной идея о том, что нормы ст. 1088 и 1089 ГК РФ стоит толковать от противного, и судам следует обнаружить как волю исторического законодателя, так и объективные политико-правовые причины не допускать взыскание с причинителя вреда таких отраженных чисто финансовых убытков третьими лицами, которые в связи с гибелью пострадавшего лишаются того, на что были бы вправе рассчитывать в случае сохранения его жизни<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Если же допустить, что ст. 1064 ГК РФ закрепляет максимально генеральную идею деликта и допускает взыскание чистых экономических убытков в широком формате (или увидеть в описанной ситуации упомянутое в ст. 1064 ГК РФ причинение вреда имуществу истца, ибо «погибающее» вместе со смертью должника право требования кредитора является имущественным правом, а последнее относится к категории имуществ-

### ***1.3. Восполнение пробела в праве за счет аналогии закона***

Если имеется формально-логический или телеологический пробел в официальных источниках позитивного права, который не может быть восполнен за счет обычая или условий сделки, комментируемый пункт предписывает возможность применения аналогии закона.

Аналогия закона (нередко именуемая частной аналогией) является крайне распространенным приемом развития права судами. Он основан на важнейшей правовой идее, согласно которой равное подлежит равному отношению со стороны права: несправедливо, когда схожие вопросы регулируются принципиально по-разному при отсутствии достаточных политико-правовых оснований для дифференциации регулирования. Если законодатель урегулировал одно социальное отношение, но забыл урегулировать схожее или в рамках правового режима одного института установил некое исключение, процедуру, условия или иные детали его функционирования, но не сделал того же в рамках правового режима иного института, суд наделяется правотворческим правомочием применить соответствующую норму по аналогии закона.

То же с необходимыми адаптациями можно утверждать и в отношении применения по аналогии норм иных формальных источников права, обычаев и даже правовых позиций высших судов.

#### *(а) Аналогия закона и телеологическое расширение*

Конкурирующим приемом, обеспечивающим фактически тот же результат, является расширительное телеологическое толкование правовой нормы (телеологическое расширение). Этот прием также позволяет «растянуть» гипотезу нормы и подчинить ее действию не охватываемые ее буквой отношения.

В научных дискуссиях о методологии права иногда предлагалось разграничивать эти методы по следующему основанию: расширительное толкование гипотезы нормы следует применять тогда, когда установлено достоверно или очевидно, что законодатель хотел распространить действие нормы на более широкий круг общественных отношений, чем тот, который в силу не вполне удачной редакции оказался охвачен ее гипотезой, а аналогию закона — тогда, когда законодатель просто не предвидел возникновение общественных отношений,

---

ва по смыслу ст. 128 ГК РФ), то опять же формально-логического, истинного пробела в праве нет, так как суд может разрешить спор на основании общей нормы (т.е. в данном случае удовлетворить иск). Но здесь опять же можно обсудить вопрос о телеологическом пробеле и возможность выведения соответствующего исключения (например, заблокировать иск кредиторов погибшего к делинквенту для случаев, когда речь идет о причинении смерти по неосторожности).

применительно к которым действие той же нормы было бы уместно по соображениям политики права.

Впрочем, на практике провести это разграничение очень сложно, так как уяснить, что на самом деле хотел и думал законодатель, проблематично. Фигура законодателя крайне условна. В принятии законов участвуют сотни людей: отраслевые ассоциации, конкретные корпорации и их лоббисты, чиновники исполнительных или судебных органов власти и иные деятели, инициирующие принятие закона; эксперты, привлеченные к написанию законопроекта, а иногда и эксперты, которых попросили написать внешнее заключение на него и чьи замечания были учтены; члены тех или иных комитетов Госдумы, обсуждающие законопроект; эксперты Администрации Президента РФ и Правительства РФ, которые вычитывают законопроект и иногда предлагают внести в него те или иные правки; депутаты, обсуждающие законопроект и предлагающие свои правки; депутаты, которые голосуют за законопроект, вовсе его не читая и полагаясь на озвученное им общее описание сути и целей законопроекта. И сказанное в той или иной степени касается законотворчества во всех странах. Любой закон есть плод работы, мыслей и идей (а нередко и безумия, фобий, заблуждений) сотен людей и своего рода «письмо из Простоквашино». В России в силу удручающего качества законотворческой работы ситуация усугубляется тем, что по большинству законов нет ни нормальных подробных концепций и пояснительных записок (последние чаще всего крайне лаконичны и ограничиваются общими словами), ни протоколов обсуждения вносимых в текст исходного законопроекта поправок. Нередко понять, кто и чей интерес стояли за той или иной нормой, какую цель она преследовала, просто невозможно. В таких условиях применение субъективно-телеологического толкования закона (т.е. толкования, основанного на выявлении воли исторического законодателя) в большинстве случаев превращается в поиск черного кота в темной комнате или философского камня в бедламе. За редкими исключениями, понять, действительно ли все эти люди синхронно подразумевали более широкую сферу применения принимаемой нормы закона, чем та, которая отражена в ее гипотезе, невозможно, а рассуждения на сей счет превращаются в чистые спекуляции.

В таких условиях в подавляющем числе случаев цель нормы устанавливается судом не путем изучения материалов подготовки и принятия закона и честных попыток реконструировать подразумеваемую волю некоего реального исторического законодателя, а объективно — путем анализа политико-правовых соображений о том, как справедливо и разумно интерпретировать данную норму здесь и сейчас, какова

цель закона в современных условиях. Такое толкование именуется объективно-телеологическим. Здесь на первый план выходят правотворческая воля самих судов и их понимание объективных целей законодательства, как они должны пониматься здесь и сейчас. А следовательно, критерий разграничения телеологического расширения как способа интерпретации закона и аналогии закона размывается.

В то же время нельзя не увидеть, что в реальности эти методы используются чаще всего в несколько разных контекстах. Аналогия закона обычно применяется тогда, когда существующая норма, установленная в правовом режиме одного института, переносится в правовой режим иного института. Например, при желании перенести правовую норму, установленную в отношении некоего поименованного договора, в правовой режим договора непоименованного суд использует аналогию закона (п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). То же касается и ситуации, когда суд пытается распространить действие нормы, установленной законом в отношении одного вида юридических лиц, на другой вид юридических лиц (например, п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27).

Телеологическое расширительное толкование же используется обычно тогда, когда суд ощущает политико-правовую необходимость более широкого применения определенной нормы в рамках правового режима одного института или расширения охвата самой поименованной юридической конструкции. Например, в силу п. 1 ст. 429 ГК РФ предварительный договор создает обязательства заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг, и этот список при буквальном прочтении выглядит закрытым, но в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 ВС РФ повторяет этот перечень и элегантно добавляет фразу «и т.п.», что недвусмысленно указывает на то, что, по мнению ВС РФ, предварительный договор может быть направлен на заключение и иных договоров (например, на заключение корпоративного, лицензионного и иных договоров, в предмет которых не входят передача имущества, оказание услуг или выполнение работ). Здесь ВС РФ просто произвел абсолютно очевидное и бесспорное расширительное толкование квалифицирующих признаков предварительного договора.

Другой пример: п. 1 ст. 165.1 ГК РФ устанавливает правило об определении момента наступления правовых последствий, увязанных с фактом направления юридически значимых сообщений, когда такие последствия вытекают из норм закона или условий сделки (а именно установил «принцип доставки»), но вполне очевидно, что данную

норму следует толковать расширительно и применять ее и в тех случаях, когда гражданско-правовые последствия связываются с фактом некоего извещения в силу положений подзаконных правовых актов, а также обычаев.

Таких примеров можно приводить множество.

В принципе, как мы видим, аналогия закона и расширительное толкование могут поделить между собой пространство применения, не наступая друг другу на пятки. Этого варианта разграничения данных приемов судебного правотворчества и следует придерживаться.

*(б) Сходство правоотношения как условие применения нормы по аналогии закона*

Согласно п. 1 ст. 6 ГК РФ при наличии пробела в праве суд может применить норму, формально не распространяющуюся на соответствующее общественное отношение, по аналогии, если применение такой аналогии не противоречит существу данного отношения и применяемая по аналогии норма регулирует сходные отношения.

Эти два критерия тесно между собой переплетены. Сущностное сходство общественных отношений может предопределять вывод о непротиворечии соответствующей нормы существу социального отношения, применительно к которому данная норма и подлежит применению по аналогии. Ведь, как уже отмечалось, право стремится к единообразию и к равному отношению к одинаковым или сходным явлениям. Но в конечном итоге в основе вывода о применении по аналогии той или иной нормы лежит правотворческая воля суда, основанная на соображениях политики права. Именно эта воля оценивает справедливость и разумность применения той или иной нормы по аналогии к иным, не охватываемым ее гипотезой отношениям. Если норма сама по себе неудачна, вероятность ее применения по аналогии и умножения проблем, порождаемых ошибкой законодателя, резко снижается, и возрастает вероятность того, что суд не воспользуется этой опцией и перейдет к восполнению пробела за счет тех методов, которые указаны в п. 2 ст. 6 ГК РФ (аналогия права или прямое применение принципов разумности, справедливости и добросовестности), т.е. по сути к ничем не прикрытому сотворению новой нормы *ad hoc*. Если имеется несколько норм, которые можно потенциально применить по аналогии, выбор основывается также во многом на соображениях политики права (справедливости, разумности и т.п.). Иначе говоря, все зависит от того, как суд видит оптимальное с политико-правовых позиций регулирование. Если аналогия закона помогает ему обосновать решение, которое выглядит справедливо и разумно, он будет использовать этот прием. Если же нет, он воздержится от его

применения и найдет иной способ восполнить пробел в праве, тем более что принцип доброй совести открывает ему сейчас практически неограниченные возможности по активному правотворчеству.

*(в) Возможно ли применение по аналогии исключений из общих правил?*

Есть точка зрения, что исключения из общего правила нельзя толковать расширительно или применять по аналогии закона. Как мы уже отмечали, расширительное толкование нормы и применение нормы по аналогии закона очень схожи, но должны различаться в зависимости от того, происходит ли расширение охвата гипотезы нормы при ее применении в рамках того института, элементом правового режима которого эта норма является (расширительное толкование), или имеет место перенос данной нормы в рамки правового режима совершенно иного института (аналогия закона). Чаще всего, если речь идет о норме, формирующей некое исключение из некоего общего правила, мы сталкиваемся с вопросом о расширительной интерпретации данного исключения. Но теоретически можно себе представить ситуацию, когда в рамках правового режима какого-то института имеются общая норма и исключение из нее, а в рамках правового режима другого института есть схожее общее правило, но нет подобного исключения, и встает вопрос о переносе по аналогии данного исключения в рамки правового режима этого другого института.

Как представляется, никакого жесткого запрета ни на расширительную интерпретацию норм-исключений, ни на их перенос по аналогии в правовой режим иного института не может быть. Если политико-правовые соображения того требуют, такое толкование или такая аналогия вполне возможны.

Например, ряд законодательных норм устанавливает те или иные ограничения в отношении свободы сторон, не осуществляющих предпринимательской деятельности, на согласование тех или иных условий или видов сделок, но далее закон предусматривает определенные исключения для сделок физического лица, связанных с распоряжением своим правом участия в хозяйственном обществе (например, продажа пакета акций) или согласованием порядка осуществления таких прав (корпоративный договор). Например, такой прием используется в ст. 406.1 ГК РФ, в силу п. 1 которой обязательство возмещения потерь может принять на себя сторона обязательства, связанного с осуществлением этой стороной предпринимательской деятельности, а в силу п. 5 которой «[п]равила настоящей статьи применяются также в случаях, если условие о возмещении потерь предусмотрено в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, стороной которого является физи-

ческое лицо». Иначе говоря, законодатель в силу патерналистских соображений ограждает обывателя от принятия на себя столь рискованных обязательств, однако учитывает то, что иногда стороной договора может быть физическое лицо, которое формально не является предпринимателем (т.е. не зарегистрировано и не должно регистрироваться как индивидуальный предприниматель), но сама природа договора указывает на предпринимательский характер сделки для этой стороны. Ведь самой распространенной формой участия граждан в коммерческой деятельности является не непосредственное, а опосредованное (через создание и управление коммерческой корпорацией) участие в такой деятельности, и было бы неправильно к таким сугубо коммерческим по своему смыслу сделкам граждан, являющихся участниками коммерческой корпорации, применять те патерналистские ограничения, которые установлены в общей норме. Но в правовом режиме иных договорных конструкций, в которых устанавливается подобное патерналистское ограничение свободы договора для простых граждан, нередко аналогичное исключение не установлено. Может ли суд, уяснив логику такого исключения и осознав, что нет никаких серьезных причин решать данный вопрос по-разному, перенести по аналогии это исключение из правового режима возмещения потерь в правовой режим некой иной конструкции? Ответ должен быть, безусловно, положительным. Например, в рамках правил п. 2 ст. 310 ГК РФ возможность согласования в договоре права на отказ от договора лица, для которого заключение договора связано с осуществлением предпринимательской деятельности, блокируется в тех случаях, когда другой стороной договора является лицо, такую коммерческую деятельность не осуществляющее. Но логично ли допускать, что подобное ограничение должно применяться и тогда, когда речь идет о корпоративном договоре, и контрагентом, согласовавшим ранее в договоре возможность отказа и получающим сделанное на основании подобного условия заявление об отказе от договора, является физическое лицо, которое владеет значимой долей участия в ООО и заключило корпоративный договор в отношении осуществления корпоративных прав? Очевидно, что нет. Обосновать данный вывод можно путем переноса исключения, которое содержится в п. 5 ст. 406.1 ГК РФ, по аналогии закона. ВС РФ в п. 10 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, по сути прямо указал на возможность согласования права на отказ от договора в корпоративном договоре независимо от того, кто является стороной такого договора; Суд отметил, что это следует из смысла конструкции корпоративного договора, но в равной степени он мог бы обосновать данный вывод путем применения аналогии закона.



(г) *Оптовая аналогия закона*

Может ли сложиться ситуация, когда весь правовой режим определенного института оказывается применим по аналогии закона к некоему другому институту?

Иногда закон прямо указывает на подобный «оптовый» перенос правового режима. Например, в ст. 156 ГК РФ указано на то, что правила ГК РФ о договорах применяются к односторонним сделкам, если иное не вытекает из прямого указания в специальных нормах об односторонних сделках или не следует из односторонней специфики сделки. Другой пример: в силу п. 6 ст. 143 ГК РФ, «[е]сли иное не установлено настоящим Кодексом, законом или не вытекает из особенностей фиксации прав на бездокументарные ценные бумаги, к таким ценным бумагам применяются правила об именных документарных ценных бумагах, правообладатель которых определяется в соответствии с учетными записями». Указанные нормы не означают, что законодатель не видит разницы между односторонними сделками и договорами или документарными и бездокументарными ценными бумагами, но с учетом определенных существенных, онтологических сходств указанных юридических конструкций он допускает «оптовый» перенос правового режима одного института на другой институт. При этом, как правило, такой перенос хотя и является «оптовым», но носит все же не безусловный характер: обычно законодатель оговаривается, что такой регуляторный трансфер осуществляется *mutatis mutandis*, т.е. с необходимыми адаптациями и за вычетом тех норм, перенос которых будет противоречить сути конструкции, правовой режим которой восполняется за счет такого переноса.

В подобных ситуациях закон прямо предусматривает применение «оптовой» аналогии закона. Но если бы не эти нормы ГК РФ об «оптовом» переносе, нечто подобное могло бы быть реализовано за счет аналогии закона. Однако аналогия закона по умолчанию носит точечный характер, переносу подвергается конкретная норма, и каждый такой перенос должен аргументироваться и обсуждаться. Фиксация в законе «оптового» переноса (с отдельными исключениями, вытекающими из сущности конструкции-реципиента) упрощает данный процесс, задавая опровержимую презумпцию «трансферабельности» соответствующих норм.

Итак, при отсутствии специального указания в законе на «оптовую» аналогию перенесение норм из правового режима одного института в правовой режим другого возможно на точечной основе с обсуждением всех доводов за и против такого трансфера конкретной нормы. Но можно ли допустить, что на «оптовый» характер трансфера укажет

не закон, а судебная практика? Например, ВС РФ, проанализировав две правовые конструкции и осознав, что существует острая потребность не в точечном трансфере отдельной нормы, а «оптовой» аналогии закона (с необходимыми отдельными адаптациями и исключениями), заявляет в своих разъяснениях, что подобный «оптовый» трансфер правового режима должен осуществляться; нормально ли это? В принципе, исключить подобное развитие нельзя. Например, если бы в ГК РФ не было ст. 156, легализующей такой регуляторный трансфер режима договоров в сферу правового режима односторонних сделок, тот же вывод вполне мог бы быть озвучен и в практике высшего суда.

В качестве примера «оптовой» аналогии правового режима, объявленной не законом, а в рамках разъяснений судебной практики высшего суда, можно привести следующую ситуацию. Пленум ВС РФ в п. 21 Постановления от 23 июня 2015 г. № 25 указал, что, если некоммерческая организация согласно уставу и не в противоречии с целями, ради которых она создана, осуществляет приносящую доход деятельность, на эту организацию в части осуществления приносящей доход деятельности по аналогии распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность.

Впрочем, в этом примере «оптовый» перенос норм ГК РФ о коммерческих организациях в отношении некоммерческих организаций не носит тотальный характер: такие нормы применяются к некоммерческим организациям только в части той деятельности, которая осуществляется ею на возмездной основе. Например, сделки некоммерческой образовательной организации, которые она заключает со слушателями, обучающимися на платной основе, подчиняются нормам ГК РФ о сделках, совершаемых данной организацией в рамках предпринимательской деятельности, но в иных отношениях с участием некоммерческой организации такой перенос не происходит.

Если речь идет об «оптовом» переносе правового режима по аналогии закона, то такой перенос должен восприниматься как аномалия и быть очень убедительно обоснован предельной схожестью сути правовых конструкций. При этом суд должен задуматься, не означает ли эта высокая степень онтологического родства институтов, что нет оснований в принципе разделять конструкции. Возможно, просто стоит признать, что речь идет об одном правовом феномене, подпадающем под общий правовой режим, или о том, что один феномен есть частный случай другого. Логика здесь, видимо, должна быть такая: если подавляющее большинство норм из правового режима конструкции А вполне уместны в рамках регулирования конструкции Б, а исключения

(когда сущность конструкции Б отторгает такой трансфер) единичны, то логично обсудить возможность признания конструкции Б частной разновидностью конструкции А и за счет такого таксономического подчинения обосновать применение правил о конструкции А к конструкции Б. В тех же нескольких случаях, когда нормы о конструкции А отторгаются спецификой конструкции Б, их отключение можно было бы объяснить спецификой такой частной разновидности. Тогда ни точечная, ни «оптовая» аналогия закона просто не понадобятся, а подключение соответствующих норм (и отключение некоторых других) будет происходить не по модели «горизонтального» трансфера, а по пандектной модели вертикального субсидиарного применения общих норм к специальному случаю (т.е. принципу *lex specialis*). Если же большая часть норм из правового режима конструкции А несовместима с сущностью конструкции Б, а потребность возникает в переносе лишь некоторых норм, логично признать онтологическое различие между конструкциями, оставить их на разных полках «пандектного шкафа» и обеспечивать «горизонтальный» трансфер нескольких востребованных норм из правового режима конструкции А на основании точечной аналогии закона. Эти выводы следуют из соображений экономии интеллектуальных и процессуальных ресурсов.

Например, спорным в науке является вопрос о правовой природе решений собраний. Судя по тексту ГК РФ, решения собрания рассматривались разработчиками как самостоятельный юридический факт, а не как особая разновидность сделок. Это следует из п. 1 ст. 8 ГК РФ, где решения собраний указаны *наряду со сделками* как основания возникновения гражданских прав, а также из того, что в ГК РФ существуют отдельная глава о сделках (гл. 9 ГК РФ) и отдельная глава о решениях собраний (гл. 9.1 ГК РФ). Но при этом очевидно, что регулирование решений собраний крайне скудное и по многим вопросам судам придется обращаться к куда более разработанному правовому режиму сделок. Если выяснится, что все нормы о сделках или подавляющее их большинство применимы к решениям собраний за вычетом тех немногих, которые противоречат специальным правилам о решениях собраний, то имеются все основания объявить решения собраний особой разновидностью сделок и применять к ним общие правила о сделках субсидиарно в силу таксономического соподчинения этих институтов, а не в силу «горизонтального» переноса по аналогии закона. В принципе, можно, конечно, продолжать настаивать на «особости» института решений собраний, но тогда регуляторный вакуум придется заполнять, постоянно обсуждая точечную аналогию закона. Последнее — менее удачный вариант, так как нет никакой гарантии,

что конкретный судья признает применимой аналогию, сторонам придется убеждать суд в уместности аналогии — все это будет пожирать время, средства и интеллектуальные усилия суда и сторон и не способствовать правовой определенности. Если к некоему явлению применим весь или практически весь правовой режим сделок, не логично ли подумать о том, что мы имеем перед собой не что иное, как сделку? А если общее определение сделки не охватит собой это явление, не удобнее ли просто расширить понятие сделки, дабы оно распространялось в том числе и на это явление, чем вытолкнуть последнее за рамки института сделки, тем самым вынуждая всех мучиться с обоснованием в каждом конкретном споре необходимости применения норм о сделках к данному явлению по аналогии?

Здесь можно привести еще и такую иллюстрацию. Договор между собственником здания и другим лицом, на основании которого последнее использует отдельный конструктивный элемент этого здания для размещения рекламных и иных подобных конструкций, был в начале 2000-х гг. признан ВАС РФ непоименованным договором (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). Позднее ВАС РФ подтвердил такую квалификацию, но решил, что к таким непоименованным договорам нормы об аренде применяются по аналогии (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64). Суд тем самым не отказался от сделанного выбора в пользу непоименованного статуса такого договора, но, подведя этот договор под режим аренды через «оптовую» аналогию закона, по сути согласился с тем, что серьезных оснований для отказа в признании такого договора договором аренды просто нет. Такая «оптовая» и тем самым по сути аномальная аналогия закона, приводящая к применению к непоименованному договору не отдельной нормы из законодательного режима аренды, а всего этого специального режима целиком, есть очевидное свидетельство того, что на самом деле спорный договор непоименованным в реальности не является, и квалификационные рамки поименованной договорной модели аренды должны охватывать и такой договор. И, что самое интересное, впоследствии данный шаг был предпринят: с 2013 г. такие договоры ВАС РФ стал признавать договорами аренды и была допущена аренда части вещи (см. п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 с учетом дополнений, внесенных Постановлением Пленума ВАС РФ от 25 января 2013 г. № 13). Иначе говоря, на каком-то этапе ВАС РФ осознал, что столь тотальная аналогия закона аномальна и надо быть честным с самим с собой, признав, что речь идет не о какой-то загадочной непоименованной договорной конструкции, к которой парадоксальным

образом применяются все правила об аренде по аналогии, а о непоссессорной аренде (т.е. признаваемой в ст. 606 ГК РФ разновидности аренды, которая предоставляет арендатору право использования вещи без передачи владения). Как представляется, ВАС РФ поступил абсолютно правильно. Этот пример достаточно показателен: тотальный перенос по аналогии правового режима одной конструкции в контекст регулирования другой есть верный признак того, что конструкции в целом, видимо, не стоит разделять, и есть основания задуматься над тем, что одну из них следует признать частным случаем другой и объяснять применение соответствующего правового режима не аналогией, а таксономическим соподчинением.

*(д) Аналогия закона как правотворчество*

Применение нормы по аналогии закона представляет собой правотворческий акт. Но это правотворчество осуществляется *ex post* и *ad hoc*, т.е. ретроспективно и только в отношении данного спора. Судебное решение, основанное на аналогии закона, развивает право, но не становится само по себе прецедентом и не действует на будущее в отношении остальных участников оборота (*erga omnes*) как полноценный элемент позитивного права. В аналогичном споре другой судья не применит аналогию закона, посчитает нецелесообразным обнаруживать телеологический пробел, а использует аргумент от противного или признает пробел, но восполнит его за счет принципа доброй совести либо выберет из нескольких потенциально применимых по аналогии норм другую. В то же время в случае закрепления правовой позиции, основанной на аналогии закона, в практике ВС РФ эта позиция начинает выступать в качестве ориентира для последующей судебной практики нижестоящих судов и с той или иной степенью эффективности унифицирует ее. По сути, такое расширение сферы применения нормы начинает действовать *erga omnes* и превращается в полноценный элемент позитивного права. Впрочем, здесь остается целый ряд проблем, связанных с неясностью статуса правовых позиций ВС РФ как такого рода ориентиров и их обязательного значения для судов нижестоящих (см. подробнее комментарий к ст. 3 ГК РФ).

*(е) Методология*

Суд, применяя аналогию закона, должен стремиться к обоснованию своего вывода за счет объяснения сходства отношений и справедливости и разумности того исхода, к которому приводит применение этого метода восполнения пробела. К сожалению, на практике суды почти никогда этого не делают, просто объявляя применение той или иной нормы по аналогии закона, опуская всю логику обоснования правотворческого решения. Они считают достаточным просто сослаться

на п. 1 ст. 6 ГК РФ. В целом подробная открытая аргументация таких отступлений от парадигмы механического правоприменения в российской судебной практике не принята. Но это не значит, что такое положение дел заслуживает сохранения. Любое правотворчество (в том числе и судебное) должно осуществляться открыто и мотивированно, позволяя всем затронутым таким правотворческим актом проследить логику правотворца и основные аргументы и адекватно их оценить. Данный вывод особенно актуален для практики ВС РФ, которая в той или иной степени выступает в качестве ориентира для практики нижестоящих судов. Этот важнейший элемент уважительного отношения правотворца к обществу, которому соответствующий правотворческий акт адресован, особенно важен в тех случаях, когда аналогию закона применяет высший суд. Ведь за счет аккуратной аргументации он демонстрирует модель правового обоснования, задает стандарт, которым должны руководствоваться все суды, и, кроме того, его правовые позиции не только распространяются на стороны конкретного спора, но и имеют потенцию стать ориентиром для практики нижестоящих судов, т.е. затронуть права и обязанности всех участников оборота. При принятии абстрактных разъяснений по вопросам судебной практики в форме постановлений Пленума ВС РФ подобная аргументация вряд ли возможна, поскольку за такими разъяснениями *de facto* скрываются квазинормативные акты. Но в тех случаях, когда коллегии ВС РФ мотивируют свои кассационные определения, открытое обоснование выбора той или иной нормы для ее применения по аналогии закона было бы отнюдь не лишним.

*(ж) Применение норм из одного типа источников прав для восполнения пробела в другом*

Комментируемая норма говорит об аналогии закона. Но очевидно, что данная идея носит более универсальный характер. Вполне возможно применение по аналогии правовой нормы, установленной в подзаконном нормативном правовом акте, для восполнения пробела в другом подобном акте, и наоборот; применение по аналогии нормы закона для восполнения пробела в подзаконном нормативном правовом акте, регулирующем какие-то сходные отношения. Применение правил ст. 6 ГК РФ в отношении указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ прямо следует из п. 6 ст. 3 ГК РФ, но нет никаких оснований блокировать восполнение в соответствии с механизмами, указанными в ст. 6 ГК РФ, пробелов в иных подзаконных нормативных правовых актах (принимаемых ЦБ РФ или министерствами (ведомствами) в рамках делегированного правотворчества). Также не вызывает сомнений возможность применения по аналогии положений между-

народных договоров, в которых участвует Российская Федерация, для восполнения пробелов в законодательстве РФ. Например, в Венской конвенции 1980 г. имеется целый ряд крайне удачных и справедливых правовых решений, которые вполне могли бы украсить и российское национальное гражданское право, но отсутствуют в ГК РФ; вполне мыслим перенос таких правил по аналогии для восполнения формально-логического или телеологического пробела в ГК РФ.

Более дискуссионным может быть вопрос о возможности восполнения пробела в законе за счет применения по аналогии нормы, регулирующей сходное правоотношение и установленной на уровне подзаконного нормативного правового акта или вытекающей из обычая (т.е. из источников права, располагающихся ниже в иерархии). Как представляется, и такая опция должна быть допущена. В конце концов если вытекающее из такого субординированного источника права решение кажется справедливым и адекватным, то даже если мы отвергнем по каким-то формальным причинам возможность его применения по аналогии, ничто не мешает суду, перейдя к инструментам восполнения пробела, указанным в п. 2 ст. 6 ГК РФ, вывести то же решение из принципов разумности, справедливости и добросовестности.

### *(з) Межвременная аналогия закона*

Согласно ст. 422 ГК РФ к договорам, заключенным до появления нового гражданского законодательства, определяющего права и обязанности сторон договора, эти новые нормы по общему правилу не применяются. Согласно устойчивой судебной практике, это касается как новых императивных, так и новых диспозитивных норм (п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 58, п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Но что, если в новой норме ГК РФ есть решение какого-то вопроса, который ранее в законе не решался и в отношении которого отсутствовала четкая судебная практика и не могла быть применена по аналогии некая иная норма прежнего законодательства? Если до реформы имелся пробел в праве, который не был восполнен сторонами договора за счет включения в контракт соответствующего условия, и суд сталкивается со спором, к которому нельзя формально применять новое законодательство, этот пробел устранившее, что следует делать суду? Кто-то мог бы ответить, что в такой ситуации суд ни в коем случае не может смотреть на новую норму, а должен пытаться восполнить пробел за счет аналогии права или разрешить спор на основании принципов разумно-

сти, справедливости и доброй совести по п. 2 ст. 6 ГК РФ. Но логично ли так поступать? Зачем придумывать какое-то правовое решение, если законодатель сам подсказал его, установив в новой редакции закона? Да, оно формально неприменимо к спорному договору в силу правил ст. 422 ГК РФ, но вполне можно обсуждать межвременную аналогию закона и применение новой нормы для восполнения имевшего место ранее пробела в праве. Важно лишь, чтобы а) до реформы действительно имелся пробел в праве, б) не было устойчивой судебной практики по восполнению данного пробела, создающей у сторон некие разумные ожидания, подрыв которых за счет опрокидывания в прошлое по аналогии новой нормы нелегитимен, в) тот пробел не мог быть восполнен за счет применения по аналогии некой иной нормы прежнего законодательства в целях обеспечения справедливого и разумного результата, и г) этот пробел не был восполнен самими сторонами за счет условий договора (т.е. опрокидываемое в прошлое по аналогии новое правило не может аннулировать прямо выраженное условие договора). Если само новое правило не представляется суду вопиюще несправедливым, у него должны иметься возможности применить его по аналогии для восполнения прежнего пробела в праве. Это в конце концов просто эффективнее, чем попытки придумать восполняющее правило ретроспективно с нуля на основании п. 2 ст. 6 ГК РФ, забыв о содержании нового правила. Последнее сделать будет так же сложно, как в известной восточной притче злему ростовщику забыть о белой обезьяне, о которой Ходжа Насреддин приказал ему ни в коем случае не думать во время молитвы.

Например, до реформы 2013 г. ст. 179 ГК РФ не решала вопрос, может ли стать основанием для оспаривания сделки тот факт, что одна из ее сторон совершала сделку под влиянием обмана, совершенного не другой стороной сделки, а третьим лицом. Устойчивой судебной практики по данному вопросу в тот период не было. Но с 1 сентября 2013 г. в ст. 179 ГК РФ появляется ясное регулирование: обман, совершенный третьим лицом, является основанием для оспаривания сделки, если доказано, что контрагент знал или должен был знать о том, что партнер действует под влиянием обмана. Представим, что речь идет о том, что после вступления в силу новых правил одна из сторон обнаруживает обман, совершенный третьим лицом, и оспаривает сделку, совершенную до 1 сентября 2013 г. Формально правила новой редакции п. 2 ст. 179 ГК РФ к такой ситуации неприменимы, так как новые правила о недействительности не распространяются на сделки, совершенные ранее (п. 6 ст. 3 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ). Но прежнее законодательство, не устанавливавшее пря-



мого регулирования на сей счет, в то же время и не исключало, что общее правило об обмане может распространяться и на ситуацию обмана со стороны третьего лица при условии, что партнер хотя сам и не обманывал, но знал или должен был знать об обмане, однако воспользовался ситуацией. Говорить, что у сторон могли в тот период возникнуть какие-то разумные ожидания того, что обман со стороны третьего лица исключает оспаривание, нельзя. По сути, имелся телеологический пробел: закон не устанавливал специальные правила, уточняющие, при каких условиях обман со стороны третьего лица может стать основанием для оспаривания, но наличие какого-либо правила на сей счет представлялось вполне уместным. Стороны и в тот период вполне могли ожидать появления судебной практики, восполняющей данный пробел и отражающей подход, который впоследствии был закреплен в п. 2 ст. 179 ГК РФ в новой редакции данной статьи. Поэтому ретроспективное применение по аналогии новой нормы вполне уместно. Зачем суду пытаться восполнить этот пробел ретроспективно за счет аналогии права или принципов разумности, справедливости и добросовестности, если он может просто опрокинуть в прошлое новую норму п. 2 ст. 179 ГК РФ, устанавливающую четкие правила об обмане со стороны третьего лица? Какие-либо разумные и заслуживающие защиты ожидания сторон такая ретроспективная аналогия в данном случае не нарушает, и поэтому ее можно обсуждать.

Впрочем, можно обсуждать вопрос, уместно ли в такой ситуации говорить о межвременной аналогии закона, а не об исключении из применения общих правил о перспективном действии новых законодательных норм. По большому счету особого практического значения вопрос о том, как мы будем этот механизм называть, не имеет.

*(и) Межотраслевая аналогия закона*

Вопрос о механизмах восполнения пробелов в других областях права должен решаться в рамках соответствующих областей права. Так, ч. 5 ст. 3 АПК РФ допускает аналогию закона в области арбитражного процессуального права, ч. 4 ст. 1 ГПК РФ говорит о том же применительно к гражданскому процессу (см. также: ч. 4 ст. 1 и ч. 6 ст. 15 КАС РФ, ч. 1 ст. 7 ЖК РФ, ст. 5 СК РФ). В ряде других отраслей права возможность применения норм по аналогии закона прямо не предусмотрена в отраслевых кодификациях и носит либо крайне спорный характер, либо вовсе запрещается (как, например, в силу ч. 2 ст. 3 УК РФ в уголовном праве).

И здесь встает вопрос, который нас и интересует. Возможно ли применение норм законодательства, относящихся к иным отраслям права, по аналогии для восполнения пробелов в праве гражданском,

или, наоборот, применение норм гражданского законодательства по аналогии для восполнения пробелов в иных отраслях права? Речь идет о допустимости подобной межотраслевой аналогии.

Как представляется, такая межотраслевая аналогия абсолютно приемлема, как минимум если речь идет о разных областях частного права или отраслях с явными частноправовыми корнями (семейное, трудовое, жилищное право и т.п.). Иногда законодатель на это прямо указывает. Так, например, в ст. 5 СК РФ указано, что «[в] случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона)». В ТК РФ такого указания нет, но у нас нет никаких сомнений в том, что применение по аналогии норм ГК РФ для восполнения пробелов в трудовом законодательстве возможно. Например, в ТК РФ нет регулирования правил об оспаривании трудового договора в связи с пороками воли (например, в связи с обманом) или о недействительности договора в целом. Очевидно, что здесь в той или иной степени применение правил ГК РФ о недействительности сделки с необходимыми адаптациями по аналогии могло бы быть востребовано. Нельзя исключить, что в каких-то ситуациях и нормы трудового и семейного законодательства могли бы быть применены по аналогии для восполнения пробелов в праве гражданском. В конце концов эти области правового регулирования еще относительно недавно относились к классическому гражданскому праву, а во многих странах до сих пор входят в домен гражданского права.

При этом, естественно, при такой межотраслевой аналогии закона следует проявлять осторожность и учитывать специфику соответствующих областей регулирования.

## **2. Аналогия права и разрешение спора на основе принципов разумности, справедливости и добросовестности**

Если пробел в праве не может быть восполнен за счет применения по аналогии закона конкретной нормы, регулиющей схожее правоотношение, комментируемый пункт предписывает суду разрешать спор на основе правила, которое он выводит из а) общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и б) принципов добросовестности, разумности и справедливости.

Оба указанных метода, в отличие от аналогии закона, носят дедуктивный характер: суд формирует правило, которым он намерен восполнить

пробел в праве, не за счет «горизонтального» переноса правила, регулирующего сходное правоотношение, в формально не охватываемое его гипотезой социальное отношение, а дедуктивно выводит восполняющее пробел правило из неких более общих принципов и начал.

В то же время не следует смешивать аналогию права и разрешение споров по справедливости, разумности и добросовестности. Текст комментируемой нормы явно разделяет эти приемы. Аналогией права он называет выведение правила из общих начал и смысла гражданского законодательства, но не разрешение спора на основании принципов разумности, справедливости и добросовестности. На это нередко обращают внимания, и оба приема именуют аналогией права, что неверно, так как не вполне соответствует тексту комментируемой нормы и доминирующим воззрениям на правовую методологию.

### **2.1. Аналогия права**

Аналогия права (иногда именуемая общей аналогией в отличие от аналогии частной, т.е. аналогии закона) представляет собой метод восполнения пробела в позитивном праве, основанный на дедуктивном выведении восполняющего правила из общих принципов, идей и конструкций, которые либо суд сам смог предварительно индуцировать, либо сам закон, научная доктрина и судебная практика уже индуцировали на основе анализа отдельных законодательных предписаний, положений международных договоров, ранее высказанных в практике ВС РФ по иным вопросам правовых позиций и даже обычаев (т.е. из элементов позитивного права).

Развитие права приводит к формированию обширного законодательного (а также подзаконного) регулирования, а накопление судебной практики — к морю правовых позиций, высказанных высшим судом страны по тем или иным вопросам. Догматическая обработка этого позитивно-правового материала позволяет выявить некие общие идеи, принципы или догматические конструкции, которые отражаются, проявляются в этих нормах и позволяют их логически объяснить. В дальнейшем уже обратная дедукция из этих идей, принципов и конструкций позволяет судам «заштопать» пробелы в позитивном праве. Иначе говоря, применяя аналогию права, мы сначала индуктивно поднимаемся от частных предписаний к реконструкции общего принципа (идеи, догматической конструкции) или берем уже индуцированный или даже признанный в законе принцип (например, один из тех, которые указаны в п. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ), а затем, вооружившись этими кристаллизованными принципом, идеей или сущностью некой конструкции, начинаем применять их дедуктивно к отдельным спорным ситуациям, законом не урегулированным.

*(а) Аналогия права, основанная на кристаллизованном принципе права или некоей общей идее*

Здесь важно подчеркнуть два разных варианта аналогии права. Первый состоит в том, что на основе отдельных норм позитивного права индуктивно реконструируется и затем становится основой для дедуктивного применения при восполнении пробела принцип права, некая общая правовая идея, т.е. по сути норма, только выраженная в общих словах и требующая конкретизации.

Некоторые из таких общих начал гражданского законодательства выведены прямо в законе. Например, согласно п. 1 и 2, а также п. 4 ст. 1 ГК РФ выделяются следующие основные начала гражданского законодательства:

- равенство участников регулируемых им отношений;
- неприкосновенность собственности;
- автономия воли и свободы договора;
- осуществление гражданских прав своей волей и в своем интересе;
- недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела;
- необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав;
- обеспечение восстановления нарушенных прав и их судебной защиты;
- допустимость ограничения гражданских прав только в той мере, в которой это оправдано желанием обеспечить защиту основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства;
- недопустимость извлечения преимуществ из своего неправомерного поведения.

Здесь сам законодатель осуществил соответствующее индуктивное обобщение. Соответственно, суд может восполнить формально-логический или телеологический пробел, дедуктивно выводя правовую позицию из одного из указанных принципов или их сочетания.

Вместе с тем целый ряд иных принципов и идей могут быть прямо не закреплены в ГК РФ, но выводиться судами или научной доктриной на основе анализа источников позитивного права. Суд, либо рассуждая сам, либо полагаясь на научное или широкое судебное признание некоего выведенного из фрагментов законодательных текстов общего принципа, объявляет его и далее дедуцирует из него конкретное правовое предписание. Например, еще до того, как принцип недопустимости извлечения преимуществ из своего неправомерного или недобросовестного поведения в 2013 г. был прямо закреплен в законе

в п. 4 ст. 1 ГК РФ, суды могли выводить из разрозненных норм закона (в частности, абзаца второго п. 2 ст. 15, п. 3 ст. 157 ГК РФ) принцип недопустимости ситуации, когда правонарушитель сохранит преимущества, извлеченные в результате правонарушения, и далее дедуцировать из него некое правовое решение в контексте конкретного спора.

Можно привести и такую иллюстрацию: изучив разрозненные нормы об отдельных видах договоров, суд может проследить общую идею о том, что законодательство противится формированию вечных относительных правовых связей. В частности, участник корпорации, потеряв интерес в участии в капитале корпорации, может продать свою долю или выйти из общества иным способом; стороны целого ряда договоров, заключенных на бессрочной основе, могут согласно закону произвольно отказаться от договора (бессрочная аренда, простое товарищество, договор комиссии и т.п.), а в ряде случаев закон прямо устанавливает срок существования правовой связи при отсутствии в условиях сделки четкого срока (например, годичный срок доверенности, поручительства, предварительного договора, опциона и т.п.). Изучив эти разрозненные нормы, суд может индуцировать из них подразумеваемый принцип частного права — неприятие вечных относительных правовых связей. Законодатель мог забыть реализовать эту идею в той или иной форме в отношении всех возможных правовых конструкций, но суд способен восполнить пробел за счет дедуктивного выведения из данного общего принципа правового решения, исключающего вечную правовую связь, в контексте вполне конкретной правовой конструкции, в отношении которой закон такого решения не устанавливает. Если суду неочевидно, что в силу политико-правовых резонансов здесь стоит признать наличие исключения из общего принципа, он может вывести из общего принципа тот или иной способ предотвращения вечной связанности.

В ряде случаев здесь вполне можно обойтись аналогией закона. Так, даже если в законе не установлена возможность произвольного отказа от того или иного бессрочного договора, суд вполне может применить по аналогии положение ряда статей ГК РФ, дающих право стороне произвольно отказаться от бессрочного договора (например, ст. 610 ГК РФ). Но в некоторых случаях такой простой «горизонтальный» перенос затруднен, поскольку соответствующие нормы не могут быть применены по аналогии из-за специфики правоотношения, правовой режим которого восполняется. Здесь требуется выработка некоего самостоятельного правила, учитывающего эту специфику, но реализующего реконструированную общую идею. Так, например, если в законе не упоминается право произвольного выхода человека

из состава учредителей автономной некоммерческой организации (а такая возможность была предусмотрена в п. 6 ст. 123.24 ГК РФ только в 2014 г.), суды вполне могли бы вывести эти решения из аналогии права, а именно применения принципа недопустимости вечных относительных правовых связей, реконструированного по разрозненным нормам ГК РФ. Другой пример: в правовом режиме условных сделок нет правила о том, что при совершении сделки под отлагательным условием и отсутствии согласованного срока ожидания условия условная правовая связь должна прекращаться автоматически или по заявлению одной из сторон по прошествии некоего разумного срока. Применение здесь какой-то конкретной нормы закона для восполнения пробела затруднено, но общая идея неприятия законом таких состояний вечной подвешенности, как уже отмечалось, легко реконструируется на основе анализа разрозненных норм. Дедуктивное применение этого принципа может помочь суду сформировать новое правило, согласно которому при отсутствии указания в законе или договоре на конкретный срок ожидания отлагательного условия подвешенность в отношениях сторон отпадает автоматически или по заявлению одной из сторон условной сделки по прошествии разумного срока. Примеры реализации этой идеи в практике ВС РФ и ВАС РФ см. в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, Определение СКЭС ВС РФ от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564. См. подробнее комментарий к ст. 157 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

В п. 3 ст. 1 ГК РФ среди общих начал гражданского законодательства указано также на принцип добросовестности, но в п. 2 ст. 6 ГК РФ выведение восполняющего правила из данного принципа вынесено за рамки института аналогии права. Во многом это следствие того, что в период принятия части первой ГК РФ и разработки текста ст. 6 принцип добросовестности еще не виделся как общий принцип гражданского права и стал признан таковым в результате интеграции в ГК РФ п. 3 ст. 1 в 2013 г. Но в целом данное разделение традиционно. В классической литературе по правовой методологии аналогия права отделялась от разрешения спора по справедливости и на основании иных подобных этических представлений о должном. В целом отделение принципа доброй совести от аналогии права, которое прослеживается по тексту комментируемой нормы, оправданно, так как аналогия

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 100–102 (п. 1-2.16) (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

права хотя и является безусловно правотворческим предприятием, но все же основана на индуктивно-дедуктивном процессе обработки законодательства и иных источников права, диалоге с текстом таких источников, в то время как применение принципа доброй совести, равно как и смежных принципов справедливости и разумности, представляет собой абсолютно открытое судебное правотворчество в виде свободного поиска оптимального с политико-правовой точки зрения решения. Разумность, справедливость и добросовестность – это принципы самого высокого уровня, универсалии, лежащие в основе права.

*(б) Аналогия права, основанная на сущности той или иной правовой конструкции*

Другой вариант аналогии права состоит в следующем: суд либо сам индуцирует на основе анализа различных норм позитивного права некую правовую конструкцию (или понятие) со вполне определенной правовой природой, либо пользуется результатами такой индукции, укоренившимися в науке и судебной практике, и далее, применяя ее к факту спора, получает правовое решение, соответствующее существу такой конструкции. Именно так понималась аналогия в праве тех стран, у которых сама эта методология была в России воспринята (например, Германия). За счет этого инструмента во многом развивалось частное право в Европе на протяжении многих веков: из разрозненных источников римского права, как из фрагментов разбитой вазы, поколения глоссаторов, постглоссаторов и последующих цивилистических школ собирали общие институты, которые могли уже далее дедуктивно применяться к общественным отношениям, формально не покрытым самими этими источниками права. Так, на разных исторических этапах развития западного частного права ученые и суды индуцировали общие понятия обязательства, сделки, ценной бумаги, юридического лица, представительства, неосновательного обогащения и т.п. Далее учет сущности таких конструкций позволял судам восполнять те или иные частные пробелы в области их регулирования.

Этот вариант аналогии права подразумевается в комментируемой норме во фразе о смысле гражданского законодательства. Речь здесь идет, конечно, не о смысле всего необъятного гражданского законодательства, а о смысле и природе выводимого из законодательства конкретного института (понятия, конструкции). Например, из природы отношений между супругами, основанных на хрупких лично-доверительных связях, а также специфики распоряжения общим имуществом супругов одним из них, на которого это имущество формально записано в реестре или во владении которого оно находится (сближающих ситуацию распоряжения общим имуществом с отношениями

по представительству), вытекает право одного из супругов, выдавшего другому предварительное согласие на распоряжение общим имуществом, произвольно отозвать такое согласие до момента совершения сделки по распоряжению.

*(в) Аналогия права и политика права*

Аналогия права, хотя и выглядит механизмом, основанным на формальной логике (индукции общего принципа, идеи или конструкции из разрозненных элементов позитивного права и дедуктивного выведения на их основе правового решения в зоне пробела в праве), в реальности представляет собой правотворческий выбор. Когда судом на основе разных норм закона реконструированы общий принцип, идея или сущность некоего правового института, суд не может применять его механически — он все время должен сверяться со своим ощущением справедливости и разумности результатов такой дедукции. Если результат оказывается явно несправедливым или неразумным, суд может отвергнуть такой метод и перейти к следующему варианту восполнения пробела — прямому и неприкрытому формированию правовой нормы на основании самых общих принципов разумности, справедливости и добросовестности.

*(г) Причины относительной нераспространенности практики применения метода аналогии права*

Сложно найти множество решений судов, в которых применена аналогия права. Это просто редчайшие примеры. Частота использования аналогии закона в сотни раз выше. Причины здесь очевидны. В условиях обширности законодательного регулирования у суда очень часто обнаруживается под рукой норма, которую он может применить по аналогии путем простого «горизонтального» переноса. Ведь индуктивные обобщения и выведение общих принципов или конструкций осуществляется на основе обработки позитивно-правового материала — в большинстве случаев норм законодательства. Но если хотя бы одна из таких норм закрепляет решение, которое кажется уместным в контексте иного института и напрашивается на применение по аналогии, зачем суду идти окольным путем и восходить вверх за счет индуктивного выведения общего принципа, а затем нисходить вниз и восполнять пробел за счет дедукции частного решения из этого общего принципа? Какой в этом смысл, если можно просто осуществить «горизонтальный» точечный перенос данной нормы по аналогии закона? Так суды в большинстве случаев и поступают, потому что этот путь оказывается быстрее и проще. Аналогия права востребована в основном только тогда, когда из каких-то норм закона выстраивается или общепризнан некий общий принцип, который может быть



дедуктивно применен для восполнения пробела, но при этом ни одна из этих норм сама по себе без серьезных адаптаций напрямую не может быть применена по аналогии в целях восполнения пробела в правовом режиме некоего иного института.

## **2.2. Выведение восполняющего правила из принципов разумности, справедливости и добросовестности**

Как следует из п. 2 ст. 6 ГК РФ, в самом крайнем случае, когда для восполнения формально-логического или телеологического пробела в праве неприменимы ни аналогия закона, ни аналогия права, суд восполняет пробел, формируя и применяя *ex post* и *ad hoc* правовую норму, выводя ее из применения принципов разумности, справедливости и добросовестности. По сути, речь здесь идет уже о чистом и не замутненном каким-то диалогом с позитивно-правовым материалом судебном правотворчестве. В ст. 1 ГК Швейцарии эта идея отражена так: в ситуации пробела в формальных источниках права и отсутствия применимого обычая суд должен разрешить спор на основе нормы, которую он сам бы создал, если бы был законодателем, руководствуясь при этом устоявшимися научной доктриной и судебной практикой. В Австрии в § 7 Австрийского гражданского уложения в такой ситуации судам предписывается решать спор на основе соображений естественного права.

При этом данная правовая позиция суда по конкретному делу не связывает другие суды, разрешающие аналогичные споры, т.е. не действует *erga omnes*. Но если она закреплена на уровне практики ВС РФ, то может превратиться *de facto* в элемент позитивного права, который должны будут учитывать и иные суды.

Немногочисленные примеры подобного рода прямого правотворчества со ссылкой на п. 2 ст. 6 ГК РФ в практике ВС РФ имеются. См., например, определения СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840 (со ссылкой на п. 2 ст. 6 ГК РФ ВС РФ Суд по сути с нуля создал правило о субординации в банкротстве требования о внесении предоплаты или об осуществлении иного первоначального предоставления по синаллагматическому договору), от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556(1) (ссылку на п. 2 ст. 6 ГК РФ и применение принципов разумности, справедливости и добросовестности ВС РФ сделал для обоснования вывода о субординации требований контролирующих должника лиц, вытекающих из предоставления ими должнику займов).

На самом деле таких примеров на уровне практики ВАС РФ и ВС РФ сотни, но в большинстве случаев высшие суды не делают ссылки на п. 2 ст. 6 ГК РФ, а просто, не стесняясь, формируют абсолютно новую правовую позицию, восполняющую пробел в праве,

произносятся протокольные фразы о существовании отношений, толковании законодательства и т.п., не удосуживаясь подробнее описать сам метод, который привел их к формированию новой правовой позиции. Показательный пример: когда ВАС РФ в Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22 (ныне уже отмененном) без каких-либо в принципе позитивно-правовых оснований решил ввести в наше право институт судебной неустойки (астрент), рецепируя его из права ряда зарубежных стран (Франция, Голландия и др.), он не стал говорить о том, что восполняет телеологический пробел в позитивном праве и формирует новый институт на основе принципов разумности, справедливости и добросовестности, действуя как истинный правотворец, а просто указал на то, что считает возможным признать наличие у суда права присудить денежную сумму, размер которой определяется по усмотрению суда, на случай неисполнения ответчиком выносимого судебного решения. После того же, как в 2015 г. астрент был легализован в ст. 308.3 ГК РФ, ВС РФ, давая разъяснения в отношении практики применения этого нового института в п. 28–36 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7, обстоятельно восполнил целый ряд пробелов правового режима такого института за счет множества норм, не подкрепляя свое правотворчество ссылкой на п. 2 ст. 6 ГК РФ (см. подробнее п. 7.11 комментария к ст. 12 ГК РФ).

Это в целом характерно для практики ВАС РФ или ВС РФ. Когда ВС РФ сейчас приступает к правотворчеству и обнаруживает норму, которую можно применить по аналогии, он охотно ссылается на аналогию закона, но когда такой нормы нет и ВС РФ сам придумывает правовую позицию, восполняющую тот или иной пробел в праве, он пробел в праве официально не объявляет, ссылку на п. 2 ст. 6 ГК РФ не дает и просто сухо артикулирует свою правотворческую волю, в редких случаях просто ссылаясь на смысл законодательства или высказывая иные подобные ритуальные фразы (даже когда создает какое-то абсолютно революционное правовое решение). Почему это происходит? Ответ достаточно очевиден и давно найден в литературе по правовой методологии. Судам некомфортно открыто признавать себя правотворцами, поэтому свою правотворческую деятельность принято не выпячивать, а скрывать. Аналогия закона создает видимость правоприменения, поэтому суды ее легко признают. А вот аналогия права или тем более восполнение пробела за счет применения принципов разумности, справедливости и добросовестности уже предполагают раскрытие более активной роли суда, а это признавать не хочется в силу трений с догмой разделения властей, да и просто в силу нежелания признавать свою ответственность. Судам комфортнее сделать

вид, что их позиция как-то выводится из законодательства, а отнюдь не есть результат их творческого поиска справедливых и разумных правовых решений. Поэтому, кстати, и красивая в своей честности норма ст. 1 ГК Швейцарии о том, что судья в ситуации пробела в праве может и должен творить норму, как если бы он был сам законодатель, как отмечается в литературе, швейцарскими судами применяется нечасто – куда чаще суды пытаются укрыться за ссылками на толкование законодательства, сколь бы угодно оторванным от буквы закона оно ни являлось. Так что наши суды неодинокі в желании заниматься активным правотворчеством скрытно, а не открыто.

Как представляется, в этой сфере должна быть обеспечена максимальная транспарентность, и суды, вставая на правотворческие рельсы, должны это прямо признавать. Поэтому ссылок на п. 2 ст. 6 ГК РФ должно быть столько же, сколько случаев, когда суды формируют правовую позицию, восполняющую формально-логический или телеологический пробел в праве не путем аналогии закона, а посредством творческого конструирования правового решения во имя справедливости, разумности и добросовестности. Впрочем, такие призывы к честности и открытости восполнения пробелов в праве звучат в континентально-европейском праве уже более 100 лет (как минимум со времен прорывной работы Франсуа Жени), но суды в основном продолжают прикрывать свою активную правотворческую деятельность лицемерными мантрами о толковании закона.

### Дополнительная литература

*Быдлински Ф.* Основные положения учения о юридическом методе (пер. с нем.) // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 190–241; № 2. С. 185–226; 2007. № 1. С. 240–271.

*Васьковский Е.В.* Правотворческая деятельность новых судов в сфере процесса и права гражданского // Судебные уставы 20 ноября 1864 г. за пятьдесят лет. Т. II. Пг.: Сенатская типография, 1914. С. 375–413.

*Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М.: ЮрИнфоР, 2002.

*Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Т. I. Часть общая. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 329–370.

*Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1999.

*Завадский А.В.* К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа сво-

бодного права и др.). Изд. посмертное / Под ред. проф. бар. А. Симолина. Казань: Тип.-лит. Имп. ун-та, 1916.

*Кабрияк Р.* Кодификации / Пер. с франц. Л.В. Головки. М.: Статут, 2007.

*Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М.: Статут, 2011.

*Марченко М.Н.* Судебное правотворчество и судебское право: Учебное пособие. М.: Проспект, 2011.

*Покровский И.А.* Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 1. С. 188–223.

*Радбрух Г.* Введение в науку права / Пер. с нем. со 2-го перераб. изд. М.М. Островской и И.З. Штейнберга; Вступ. ст. Б. Кистяковского. М.: Труд, 1915.

*Эннексерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полут. 1: Введение и общая часть / Пер. с 13-го нем. изд. проф. К.А. Граве, Г.Н. Полянской и В.А. Альтшулера; Под ред., с предисл. и введ. замеч. проф. Д.М. Генкина и проф. И.Б. Новицкого. М.: Иностр. лит., 1949.

*Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I. Основы. М.: Междунар. отношения, 2000.

*Barak A.* Purposive Interpretation in Law / Trans. by S. Bashi. Princeton University Press, 2005.

*Brugger W.* Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View // American Journal of Comparative Law. 1994. Vol. 42. No. 2. P. 395–421.

*Flavius G. [Kantorowicz H.]* The Battle for Legal Science // German Law Journal. 2011. Vol. 12. No. 11. P. 2005–2030.

*Geny F.* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1954 (перевод на английский язык: *Geny F.* Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law / Trans. by Louisiana State Law Institute. West Pub. Co., 1963).

*Dawson J.P.* The Oracles of the Law. University of Michigan Law School, 1968.

Interpreting Statutes: A Comparative Study / D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.). Routledge, 1991.

*Larenz K.* The Open Legal Development: Germany // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions / J. Dainow (ed.). Louisiana State University Press, 1974. P. 133–162.

*Science of Legal Method: Selected Essays by Various Authors.* Boston Book Co., 1917.

*Steiner E.* French Legal Method. Oxford University Press, 2002.

The Jurisprudence of Interests: Selected Writings of M. Rümelin, P. Heck, P. Oertmann, H. Stoll, J. Binder, H. Isay. Harvard University Press, 1948.

*Tunc A.* Methodology of the Civil Law in France // Tulane Law Review. 1975–1976. Vol. 50. P. 459 ff.

*Zippelius R.* Introduction to German Legal Methods / Trans. by K.W. Junker, P.M. Roy. Carolina Academic Press, 2008.

## **Статья 7. Гражданское законодательство и нормы международного права**

**1. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Российской Федерации.**

**2. Международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта.**

Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора.

### *Комментарий*

**1. Общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры как составная часть правовой системы Российской Федерации**

Пункт 1 комментируемой статьи повторяет предложение первое ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Данное правило определяет соотношение системы международного права и российской правовой системы.

**1.1. Различные подходы к соотношению международного и внутригосударственного права**

Неверно полагать, что комментируемое правило является чем-то само собой разумеющимся и якобы вытекающим из ключевых постулатов международного публичного права. Дело в том, что международное право, как правило, не определяет порядок имплементации норм международного права во внутригосударственное право отдельных стран и оставляет решение этого важного вопроса на усмотрение каждого из государств. Считается, что это конституционный выбор каждого отдельного государства.

В теории международного права принято различать два основных подхода, которые в той или иной степени используются различными государствами. Первый подход именуется дуализмом (dualism) и исходит из того, что международное право и внутригосударственное право различных стран — это самостоятельные и независимые друг от друга правовые системы, которые регулируют разный круг правоотношений между различными субъектами.

Дуализм в его классическом проявлении исходит из того, что нормы международного права как таковые не могут стать частью внутригосударственного права просто в силу того, что компетентные органы соответствующего государства выразили согласие на обязательность международного договора или признали действие международного обычая — в результате этих действий возникают лишь обязательства государства на международной арене. Для внедрения этих норм международного права во внутригосударственное право необходим отдельный акт так называемой трансформации, который заключается в принятии внутригосударственного нормативного акта, признающего действие норм международного права внутри национальной правовой системы (путем повторения этих норм или отсылки к правилам соответствующего источника международного права). Таким образом, для стран, придерживающихся дуалистической модели, характерно разделение так называемых инкорпорированных международных договоров (incorporated treaties), в отношении которых уже завершена внутригосударственная трансформация, и неинкорпорированных международных договоров (unincorporated treaties), которые стали обязательными для этого государства на международной арене, однако их трансформация во внутригосударственное право еще не завершена.

К странам, придерживающимся дуалистической модели, традиционно относятся Великобритания, многие другие страны Британского Содружества Наций (например, Канада, Австралия, Индия), а также Израиль и скандинавские страны. СССР также последовательно придерживался именно дуалистического подхода.

Дуализму противостоит монизм (monism), который исходит из того, что выражение согласия на обязательность международного договора или применение международного обычая должно автоматически инкорпорировать соответствующие нормы международного права во внутригосударственную правовую систему без необходимости издания каких-либо дополнительных внутригосударственных актов о трансформации. В своем радикальном варианте монизм утверждает, что нормы международного права и внутригосударственного права сосуществуют в рамках единой правовой системы с выстраиванием определенных

иерархических связей между ними. Осознавая практическую невозможность автоматической инкорпорации во внутригосударственное право абсолютно всех международно-правовых норм, страны, придерживающиеся монистического подхода, как правило, различают так называемые самоисполнимые международные договоры (self-executing treaties), которые способны к автоматической инкорпорации, и несамоисполнимые международные договоры (non-self-executing treaties), для инкорпорации которых требуется издание внутригосударственных актов<sup>1</sup>.

К странам, придерживающимся преимущественно монистической модели, традиционно относят большинство стран континентальной Европы (Германия, Франция, Нидерланды, Швейцария), а также США и некоторые другие государства.

Поскольку комментируемая норма, повторяющая ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, исходит из автоматической инкорпорации норм международного права в российскую правовую систему, Россия находится ближе именно к монистической модели<sup>2</sup>. С практической точки зрения это означает, что выражение российскими компетентными органами согласия на обязательность международного договора или признание международного обычая подразумевает их автоматическую инкорпорацию в российскую правовую систему при соблюдении некоторых дополнительных условий, которые будут описаны ниже.

## ***1.2. Общепризнанные принципы и нормы международного права как составная часть российской правовой системы***

### ***(а) Понятие***

Комментируемый пункт говорит о том, что частью российской правовой системы являются в том числе общепризнанные принципы и нормы международного права. Эти категории вызывают многочисленные вопросы, поскольку в международном публичном праве отсутствует их сложившееся определение.

<sup>1</sup> См. подробнее о делении международных договоров на самоисполнимые и несамоисполнимые комментарий к п. 2 настоящей статьи.

<sup>2</sup> Данный вывод оспаривается многими российскими специалистами по международному праву, однако связанная с этим дискуссия носит преимущественно схоластический характер. Следует отметить, что ряд иностранных авторов сегодня отмечает неудачность самого разделения дуализма и монизма. На практике суды многих дуалистических государств используют техники, которые позволяют учитывать содержание неинкорпорированных международных договоров, в то время как суды монистических государств, напротив, имеют в своем арсенале приемы, которые позволяют избежать автоматического применения норм международного права (например, признание соответствующего международного договора несамоисполнимым). В связи с этим предлагаются другие, более точные классификации, например на страны, признающие автоматическое применение норм международного права и не признающие такового.

Как правило, в международном праве не проводится строгого разграничения между принципами и нормами. Классической стала следующая правовая позиция Международного Суда ООН, сформулированная в решении *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Can. v. U.S.)* (1984 I.C.J. 246, 288–289 (Oct. 12), para. 79): «...соотношение между терминами «нормы» и «принципы» – это не более чем использование двойного выражения для передачи одной и той же идеи, поскольку в этом контексте [при определении применимых правил международного права. – А.А.] «принципы» очевидным образом означают принципы права, которые также включают нормы международного права, для которых использование термина «принципы» может быть обосновано тем, что они имеют более общий и более фундаментальный характер».

Однако данные термины разграничиваются в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5. В нем под общепризнанными принципами международного права понимаются основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. В то же время общепризнанные нормы международного права характеризуются как правила поведения, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательных.

*(б) Общепризнанные принципы международного права*

Использованная Пленумом ВС РФ дефиниция общепризнанных принципов совпадает с определением императивных норм общего международного права (*ius cogens*), приведенным в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) (СССР присоединился к этой Конвенции в 1986 г.; она продолжает применяться Россией как продолжателем СССР). Чтобы считаться нормой *ius cogens*, соответствующее правило должно соответствовать двум критериями: 1) являться нормой общего международного права (*norm of general international law*) и 2) приниматься и признаваться международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо (императивная норма)<sup>1</sup>.

Норма общего международного права – это норма, имеющая общую сферу применения (не ограниченная отдельной сферой международного права) и имеющая в своей основе, как правило, международный обычай. Нормы международных договоров и даже резолюции между-

<sup>1</sup> См., например, Второй доклад 2017 г. о *ius cogens*, подготовленный Специальным докладчиком Комиссии международного права ООН Д. Тлади ([A/CN.4/706](#)).



народных организаций (например, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН) также могут фиксировать нормы общего международного права при условии, что они признаны в качестве таковых большинством государств. Фактически в последнем случае мы имеем дело с ситуацией, когда договорные нормы или нормы «мягкого права» (soft law) вследствие своего широкого признания государствами в качестве обязательных правовых правил (в том числе теми государствами, которые формально не являются участниками соответствующих международных договоров) одновременно приобретают статус международного обычая.

Под международным сообществом государств в целом понимается подавляющее большинство государств, принадлежащих к различным социальным, экономическим и культурным группам, которые в своей деятельности принимают и признают императивный характер определенной нормы общего международного права. В качестве доказательства наличия такого принятия и признания (acceptance and recognition) могут выступать в том числе международные договоры, утвержденные международными организациями резолюции, публичные заявления от имени государств, официальные публикации и правительственные правовые заключения, дипломатическая переписка, решения международных и национальных судов.

Следует отметить, что императивный характер нормы является нетипичным для международного права, поскольку большинство норм международного права (например, норм международного обычного права) может быть изменено или отменено международным договором для участвующих в нем государств, что характеризует соответствующие нормы как диспозитивные (*ius dispositivum*). Особенностью норм *ius cogens* является невозможность их изменения или отмены международным договором — соответствующий международный договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит норме *ius cogens* (ст. 53 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров). Таким образом, нормы *ius cogens* — это небольшая часть из массива существующих норм общего международного права.

К нормам *ius cogens* принято относить принципы, сформулированные в ст. 2 Устава ООН 1945 г. и впоследствии нашедшие развитие в Декларации Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 г. о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, а также Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях (Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1 августа 1975 г.)). Это принцип суверенного

равенства государств, принцип добросовестного выполнения государствами принятых на себя обязательств (*pacta sunt servanda*), принцип уважения прав человека и основных свобод, включая свободу мысли, совести, религии и убеждений, принцип разрешения международных споров мирными средствами, принцип воздержания в международных отношениях от угрозы силой или ее применения, принцип воздержания от оказания помощи любому государству, против которого ООН предпринимает действия превентивного или принудительного характера, принцип равноправия и самоопределения народов, обязанность не вмешиваться в дела, входящие во внутреннюю компетенцию любого другого государства.

Нормы *ius cogens*, которыми Пленум ВС РФ ограничивает понятие общепризнанных принципов международного права, как правило, ориентированы на межгосударственные отношения, поэтому сложно представить себе ситуацию, когда эти принципы будут напрямую применимы к частноправовым отношениям, причем нормы российского законодательства не будут содержать правил по данному вопросу. В качестве гипотетического примера можно представить ситуацию, когда Советом Безопасности ООН будут введены меры принудительного характера (так называемые санкции), которые предполагают ограничения в отношении определенных лиц из того или иного государства (например, блокирование или замораживание их активов, запрет на экспорт или импорт товаров и т.п.), причем эти меры не будут своевременно подтверждены путем издания внутригосударственного акта (как правило, это делается в российском праве путем издания указов Президента РФ). В данной ситуации российский суд должен будет обратить внимание на описанный выше принцип воздержания от оказания помощи любому государству, против которого ООН предпринимает действия превентивного или принудительного характера, что может повлечь необходимость признания сделки недействительной, констатацию невозможности исполнения обязательства по заключенному ранее договору, если этого требуют положения соответствующих мер принудительного характера, принятых в соответствии с Уставом ООН.

С практической точки зрения более частыми могут быть ситуации, когда российские суды опираются на общепризнанные принципы международного права (нормы *ius cogens*) при толковании норм российского законодательства, прежде всего Конституции РФ. Речь идет о так называемой презумпции совместимости (*presumption of conformity*, *presumption of compatibility*), в соответствии с которой предполагается, что российский законодатель, принимая внутренние нормативные

акты (в том числе Конституцию РФ), не имел намерения вступить в противоречие с общепризнанными принципами международного права. Эта презумпция также в равной степени может применяться в отношении описываемых ниже общепризнанных норм международного права, а также положений международных договоров Российской Федерации, которые рассчитаны на применение в сфере внутренних отношений. Данной презумпцией активно пользуется в своей практике КС РФ, который зачастую выясняет действительный смысл конституционных норм (прежде всего норм о правах и свободах человека), анализируя их через призму общепризнанных принципов и норм международного права. ВС РФ использовал ссылку на принцип добросовестного исполнения договоров для уяснения точного смысла правил российского инвестиционного законодательства (п. 13 Обзора практики разрешения судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов, утвержденного Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.).

*(в) Общепризнанные нормы международного права*

Процитированная выше дефиниция общепризнанной нормы международного права из п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 исходит из ее приравнивания к международному обычаю. Наиболее авторитетное определение международного обычая приведено в подп. б п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда: «Международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (international custom, as evidence of a general practice accepted as law)». В Выводе 2 Проекта выводов о выявлении международного обычного права (Draft Conclusions on Identification of Customary International Law), утвержденного Комиссией международного права ООН в 2018 г., указывается на два конституирующих элемента любого международного обычая: 1) наличие всеобщей практики соблюдения определенного правила и 2) признание этого правила в качестве правовой нормы (так называемая *opinio iuris*). В отечественных работах по международному праву акцент зачастую смещается на необходимость согласования воли государств относительно признания определенного правила в качестве юридически обязательного, однако с практической точки зрения это не влечет каких-либо существенных расхождений в подходах.

Первый элемент всеобщей практики именуется также объективным или материальным элементом. Сложившаяся практика считается всеобщей, если она является достаточно распространенной и репрезентативной, а также имеет постоянный характер. Наличие определенной практики применительно к конкретным государствам может быть продемонстрировано с помощью различных доказательств: диплома-

тических актов и переписки, поведения государства в связи с резолюциями, принимаемыми международными организациями или в ходе межправительственных конференций, поведения в связи с заключением и исполнением международных договоров, актов и решений органов различных ветвей власти, если они носят последовательный характер.

Второй элемент признания в качестве правовой нормы (*opinio iuris*) именуется также субъективным или психологическим элементом. Для его наличия необходимо установить, что государства придерживаются определенной практики, поскольку считают, что она проистекает из наличия прав или обязанностей юридического характера, а не просто в силу удобства, политической конъюнктуры или соображений вежливости по отношению к другим государствам. Этот элемент был охарактеризован Международным Судом ООН следующим образом (*North Sea Continental Shelf Cases (F.R.G. v. Den.; F.R.G. v. Neth.)*, 1969 I.C.J. 3, 44 (Feb. 20), para. 77): «Анализируемые действия должны не только представлять собой сложившуюся практику, но они должны быть такими либо выполняться таким образом, чтобы служить доказательством убежденности [государств. — А.А.] в том, что такая практика является обязательной вследствие существования требующей этого правовой нормы. Необходимость в такой убежденности, т.е. существование субъективного элемента, подразумевается в самом понятии *opinio iuris sive necessitatis*. Поэтому государства, которых это касается, должны чувствовать, что они соблюдают то, что представляет собой правовую обязанность».

В выводах 11 и 12 Проекта выводов о выявлении международного обычного права 2018 г. объясняется соотношение международного обычного права, с одной стороны, и норм международных договоров, а также резолюций международных организаций — с другой. Поясняется, что норма международного договора может одновременно представлять собой международный обычай в одном из следующих случаев: 1) она кодифицирует норму международного обычного права, которая уже существовала в момент заключения международного договора; 2) она привела к кристаллизации нормы международного обычного права, которая начала складываться еще до заключения международного договора, либо 3) она дала начало для всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, т.е. породила новый международный обычай. Тот факт, что определенное правило было повторено в нескольких международных договорах, сам по себе может свидетельствовать о формировании международного обычая, однако такой вывод нельзя делать автоматически и без анализа описанных выше двух элементов международного обычая. Что касается резолюций международных

организаций, то они сами по себе не создают норм международного обычного права, однако при наличии двух элементов международного обычая могут выступать средством фиксации такового. Вспомогательным средством установления наличия и содержания международных обычаев могут выступать решения международных судов (прежде всего Международного Суда ООН), а также доктринальные источники наиболее признанных специалистов из различных стран мира.

К сожалению, приведенные рекомендации по установлению наличия и содержания международных обычаев не всегда учитываются российскими судами. Зачастую в обоснование существования международного обычая (в терминологии Конституции РФ – «общепризнанной нормы международного права») они ссылаются на отдельно взятые положения международных договоров и резолюций международных организаций (как правило, резолюции Генеральной Ассамблеи ООН) без проведения анализа двух обязательных элементов международного обычая (всеобщая практика государств и *opinio iuris*). В результате возникает опасность того, что под видом общепризнанных норм международного права могут применяться правила, которые имеют сугубо рекомендательное значение (являются инструментами так называемого мягкого права).

Что касается конкретных примеров общепризнанных норм международного права, то к ним принято относить прежде всего положения нашедших всеобщее признание документов в сфере прав и свобод человека, в частности Всеобщей декларации прав человека 1948 г.<sup>1</sup>, Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. Другим примером может служить Конвенция ООН 2004 г. о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Несмотря на то что данная Конвенция пока не вступила в силу из-за недостаточного числа ратификаций, некоторые ее положения уже сегодня рассматриваются в качестве отражения норм международных обычаев в данной области (ссылку на общепризнанные нормы международного права в этой области см. в Постановлении Президиума ВС РФ от 1 августа 2007 г. № 13пв-06).

Еще один важный (хотя и достаточно спорный) пример использования общепризнанных норм международного права российскими

---

<sup>1</sup> Следует отметить, что существует точка зрения, которая оспаривает наличие у норм Всеобщей декларации прав человека 1948 г. статуса международного обычая. Эта точка зрения идет вразрез с практикой КС РФ и ВС РФ, которые активно ссылаются в своих решениях на Декларацию как на источник общепризнанных норм международного права.

судами — это вопрос об основаниях признания и принудительного исполнения решений иностранных государственных судов. Действующее законодательство исходит из того, что таким основанием могут выступать только нормы международных договоров или специальных федеральных законов (ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», ч. 1 ст. 409 ГПК РФ, ч. 1 ст. 241 АПК РФ). Однако в практике российских арбитражных судов сложился подход, в соответствии с которым решение иностранного государственного суда может быть признано и принудительно исполнено также со ссылкой на принципы международной вежливости и взаимности как общепризнанные нормы международного права.

Данный подход не свободен от критики, поскольку в отношении взаимности возможны сомнения относительно того, что существует всеобщая практика ее применения в рассматриваемой сфере, а международная вежливость (*comity*) обычно не рассматривается в качестве порождающей юридические права и обязанности. Важно отметить, что использование этих принципов пока не вошло в сложившуюся практику КС РФ и судов общей юрисдикции<sup>1</sup>.

*(г) Иной взгляд на понятие общепризнанных принципов и норм международного права*

Важно отметить, что в некоторых иностранных государствах, конституции которых закрепляют сходное правило, используется более широкая трактовка понятия общепризнанных принципов и норм международного права. Например, ст. 25 Конституции Германии предусматривает, что «[о]бщепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права ([d]ie allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes)». На основе толкования этой нормы Федеральный конституционный суд Германии включает в понятие общепризнанных норм международного права не только нормы международных обычаев, но и общие принципы права (*general principles of law*), которые выделяются в качестве отдельного источника международного права в подп. «с» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда.

В Первом отчете об общих принципах права, подготовленном в 2019 г. Комиссией международного права ООН, отмечается суще-

---

<sup>1</sup> 2 июля 2019 г. в ходе дипломатической конференции был согласован текст Гаагской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским или торговым делам. Однако данная Конвенция пока не вступила в силу, а также не была подписана и ратифицирована Российской Федерацией, и поэтому на момент публикации настоящего комментария не является составной частью российской правовой системы и не влияет на решение рассматриваемых вопросов.

ствование двух категорий общих принципов права: 1) проистекающих из национальных правовых систем и 2) сформированных внутри системы международного права.

Наибольший интерес представляет собой первая категория, поскольку вторая категория в значительной степени пересекается с понятием международного обычая, которое уже было рассмотрено выше. В Решении Федерального конституционного суда Германии от 4 сентября 2004 г.<sup>1</sup> дается следующая характеристика этой первой категории: «Общие принципы права — это признанные правовые принципы, которые разделяются национальными правовыми системами и которые могут быть экстраполированы на межгосударственные отношения...» Таким образом, в отличие от международного обычая, речь идет о правовых нормах, которые первоначально были сформулированы во внутригосударственном праве и получили всеобщее признание в этом качестве, а уже затем стали рассматриваться в качестве дополнительного источника международного права.

В качестве примеров таких общих принципов права зачастую приводят принципы добросовестности, недопустимости противоречивого поведения (эстоппель), преюдициального характера окончательных судебных решений (*res iudicata*) и некоторые другие.

Отечественная доктрина традиционно настороженно относится к этой разновидности источников международного права. Высказываются опасения относительно высокой степени неопределенности и аморфности таких общих принципов права, которые имеют национальное происхождение. Сказывается также отсутствие у российских судей и научных работников навыков детального анализа решений международных судов и иностранной доктрины за рамками текстов международных договоров и резолюций международных организаций. В результате в российском праве понятие общепризнанных принципов и норм международного права толкуется более узко в сравнении с примерами из некоторых иностранных юрисдикций.

### ***1.3. Международные договоры Российской Федерации как составная часть российской правовой системы***

*(а) Понятие международного договора и способы выражения согласия на его обязательность*

Комментируемая норма говорит о том, что еще одной составной частью российской правовой системы являются международные договоры Российской Федерации. В соответствии с подп. «а» ст. 2 Закона о международных договорах международный договор — это

<sup>1</sup> BVerfG, 04.09.2008 — 2 BvR 1475/07 (п. 20).

международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры (государственноподобные образования, нации, борющиеся за независимость), в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (договор, соглашение, конвенция, пакт и т.п.). Из этого определения, основанного на ст. 2 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров, следует, что соглашения Российской Федерации с физическими или юридическими лицами (например, концессионные договоры, инвестиционные соглашения и т.п.) не являются международными договорами.

Заключение международных договоров находится в ведении Российской Федерации (подп. «к» ст. 71 Конституции РФ, п. 1 ст. 3 Закона о международных договорах), поэтому соглашения, которые субъекты РФ или муниципальные образования заключают с субъектами международного права, также не относятся к международным договорам Российской Федерации. Это подтверждается в ст. 7 Федерального закона от 4 января 1999 г. № 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации», которая прямо говорит о том, что соглашения об осуществлении международных и внешнеэкономических связей, заключенные органами государственной власти субъекта Российской Федерации, независимо от формы, наименования и содержания, не являются международными договорами.

Под заключением международного договора понимается выражение Российской Федерацией согласия на обязательность для нее международного договора (подп. «г» ст. 2 Закона о международных договорах). Согласие на обязательность международного договора может выражаться различными способами в зависимости от содержания самого международного договора и требований российского законодательства (п. 1 ст. 6 Закона о международных договорах). Поскольку Россия находится ближе к использованию монистической модели, основанной на автоматической инкорпорации положений международных договоров в состав российской правовой системы, правила о заключении международных договоров должны быть выстроены таким образом, чтобы одновременно обеспечивать эффективное встраивание положений международных договоров в иерархию внутрисубъективных источников права. Этим обусловлены различия



в процедурах заключения разных международных договоров, среди которых выделяются межгосударственные, межправительственные договоры и договоры межведомственного характера (п. 2 ст. 3, п. 2 ст. 6 Закона о международных договорах).

Наиболее сложным способом выражения согласия на обязательность международного договора является ратификация, в которую вовлечены обе палаты российского парламента. Ратификация международных договоров осуществляется в форме принятия федерального закона (п. «г» ст. 106 Конституции РФ, ст. 14 Закона о международных договорах). Ратификации в обязательном порядке подлежат международные договоры Российской Федерации, исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотренные законом. Обязательной ратификации также подлежат иные международные договоры, перечисленные в ст. 15 Закона о международных договорах, а равным образом те международные договоры, в тексте которых говорится о необходимости последующей ратификации.

Такие способы выражения согласия на обязательность международного договора, как утверждение, принятие, присоединение, тоже осуществляются в форме принятия федерального закона, если соответствующие международные договоры подпадают под критерии, установленные в ст. 15 Закона о международных договорах (подп. «а» п. 1 ст. 20, подп. «а» п. 1 ст. 21 Закона о международных договорах). В то же время если международный договор не требует ратификации и не подпадает под критерии, установленные в ст. 15 Закона о международных договорах, то утверждение, принятие или присоединение могут осуществляться на основании акта Президента РФ или уполномоченного органа исполнительной власти. Например, присоединение России к Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (Берн, 9 сентября 1886 г.), а также Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.) состоялось на основании Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224.

«Подписание международного договора» является многозначным термином (подп. «в» ст. 2 Закона о международных договорах). Если соответствующий международный договор подлежит ратификации, утверждению, принятию или присоединению, то его подписание является не более чем предварительной стадией, в ходе которой фиксируется окончательный текст международного договора. В этом случае до момента завершения внутригосударственных процедур, связанных с соответствующим способом выражения согласия на обязательность

международного договора (например, ратификацией), Российская Федерация имеет лишь обязанность воздерживаться от действий, которые лишили бы договор его объекта и цели (ст. 18 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров, п. 2 ст. 31 Закона о международных договорах), однако она не считается участницей этого международного договора. Поэтому такой международный договор не может считаться частью российской правовой системы и применяться российскими судами.

Однако подписание может представлять собой и один из допустимых способов выражения согласия на обязательность международного договора, если это предусмотрено в самом международном договоре, либо такое намерение было выражено во время переговоров, и соответствующий международный договор не подпадает под критерии обязательной ратификации, установленные в ст. 15 Закона о международных договорах. Например, Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики по карантину и защите растений (Москва, 26 июня 1995 г.) прямо предусматривает, что она вступает в силу со дня ее подписания (ст. 12).

*(б) Момент, когда международный договор становится частью российской правовой системы*

Для того чтобы положения международного договора стали частью российской правовой системы, необходимо выполнить как условия, заложенные в самом международном договоре и находящиеся в плоскости международного права, так и условия, которые проистекают из российских внутригосударственных требований. К последним относятся условие о самоисполнимом характере международного договора либо об издании внутригосударственного акта, направленного на выполнение несамоисполнимого международного договора, а также требование об официальном опубликовании международного договора (п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах). Эти внутригосударственные требования будут проанализированы ниже в комментарии к п. 2 ст. 7 ГК РФ.

Что касается условий, находящихся в плоскости международного права, то, как правило, каждый международный договор предусматривает порядок его вступления в силу. Зачастую этот порядок предусматривает обмен дипломатическими нотами или уведомлениями о выполнении внутригосударственных процедур (для двусторонних договоров) либо направление соответствующих нот, уведомлений или ратификационных грамот лицу, указанному в качестве депозитария (для многосторонних договоров). Кроме того, многосторонний международный договор может предусматривать его вступление в силу

только после того, как согласие на его обязательность по установленной процедуре будет выражено определенным минимальным числом государств (например, десятью государствами).

Это означает, что международный договор необязательно вступает в силу для Российской Федерации сразу после завершения выполнения внутригосударственной процедуры выражения согласия на его обязательность (например, процедуры ратификации в форме принятия федерального закона). Если направление дипломатической ноты или ратификационной грамоты будет задержано либо другие договаривающиеся государства не завершат свои процедуры выражения согласия на обязательность международного договора, то вступление международного договора в силу для Российской Федерации может существенно затянуться или не состояться вовсе.

Актуальную информацию о статусе международного договора и дате, в которую международный договор считается вступившим в силу для Российской Федерации, можно найти на официальном интернет-сайте организации, являющейся депозитарием международного договора, либо путем направления запроса в Правовой департамент МИД России, который ведет Единую государственную систему регистрации и учета международных договоров РФ (ст. 26 Закона о международных договорах, Правила государственной регистрации и государственного учета международных договоров РФ, утвержденные Приказом МИД России от 27 июля 2007 г. № 12828). Например, актуальную информацию для международных договоров, разработанных ЮНСИТРАЛ (Комиссией ООН по праву международной торговли), можно найти на сайте <https://uncitral.un.org/>, УНИДРУА (Институт унификации частного права) — на сайте [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), Гаагской конференцией по международному частному праву — на сайте [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

До момента вступления международного договора в силу для Российской Федерации он не может считаться частью российской правовой системы, несмотря на выражение Российской Федерацией согласия на обязательность данного международного договора. В отношении таких международных договоров существует лишь международно-правовая обязанность Российской Федерации воздерживаться от действий, которые лишили бы договор его объекта и цели (ст. 18 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров, п. 2 ст. 31 Закона о международных договорах).

*(в) Временное применение международного договора до его вступления в силу*

Международный договор или часть договора до его вступления в силу могут применяться временно, если это предусмотрено в дого-

воре или если об этом была достигнута договоренность со сторонами, подписавшими договор (п. 1 ст. 25 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров, п. 1 ст. 23 Закона о международных договорах). Положения такого международного договора также могут стать составной частью российской правовой системы (Постановление КС РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П).

Однако на такой временно применяемый международный договор должны в равной степени распространяться условия и требования, которые описаны в настоящем комментарии. В частности, не должны временно применяться без прохождения процедуры ратификации такие международные договоры, исполнение которых требует изменения федеральных законов, либо устанавливающих иные правила, чем предусмотренные законом, если только международный договор не содержит условия о том, что его временное применение осуществляется исключительно в части положений, соответствующих внутригосударственным российским нормативным актам. Любой иной подход означал бы грубое нарушение конституционного принципа разделения властей (наделение органов исполнительной власти возможностью создавать изъятия из положений федеральных законов, принятых российским парламентом), а также тех принципов инкорпорации положений международных договоров в российскую правовую систему, которые описаны ниже в комментарии к п. 2 ст. 7 ГК РФ.

В качестве примера можно привести временное применение Российской Федерацией Договора к Энергетической Хартии 1994 г. в период с декабря 1994 г. по октябрь 2009 г. (когда Россия заявила о намерении не становиться участником этого Договора), но только в той степени, в которой положения этого Договора не противоречили российским внутригосударственным нормам (ст. 45 Договора к Энергетической Хартии). Поскольку российские внутригосударственные нормы не разрешают передачу публично-правовых споров в третейский суд, не подлежали применению и соответствующие нормы Договора к Энергетической Хартии, наделяющие иностранного инвестора правом на передачу спора в арбитраж (ст. 26). Этот вывод был подтвержден голландским судом, который отменил арбитражное решение по спору между бывшими акционерами НК «ЮКОС» и Российской Федерацией (Решение Гаагского окружного суда от 20 апреля 2016 г.).

*(г) Россия как государство – продолжатель СССР*

Многие международные договоры были заключены еще в период существования СССР. Российская Федерация продолжает осуществлять права и выполнять обязанности по международным договорам, заключенным СССР, о чем МИД России направил 26 декабря 1991 г.

ноту в ООН, а 13 января 1992 г. — ноту № 11/УГП главам иностранных дипломатических представительств в Москве. Специалисты по международному праву делают акцент на том, что речь идет именно о «продолжительстве» прав и обязанностей СССР по международным договорам, а не о правопреемстве (п. 3 ст. 1 Закона о международных договорах)<sup>1</sup>. Таким образом, заключенные СССР международные договоры, в отношении которых Россия продолжает осуществлять международные права и обязанности в качестве государства-продолжателя, также считаются составной частью российской правовой системы (абзац второй п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5).

*(д) Определение сферы действия международного договора*

Каждый международный договор определяет сферу своего действия, за пределами которой он не подлежит применению. Рассмотрим основные параметры, которые следует принимать во внимание при установлении сферы действия международного договора на примере одного из наиболее часто используемых на практике международных договоров — Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров.

*(i) Предметная сфера действия международного договора (действие *ratione materiae*)* — определение содержания отношений, регулируемых соответствующим международным договором. Во-первых, для применения Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров (далее — Венская конвенция 1980 г.) необходимо установить, что заключенный контракт является договором купли-продажи (ст. 1 и 3). Венская конвенция 1980 г. использует свое особое понимание этой категории: договоры на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству в будущем, не будут считаться куплей-продажей, только если сторона, заказывающая товары, берет на себя обязательство поставить существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства товаров (п. 1 ст. 3). В результате многие контракты, которые с точки зрения внутригосударственной классификации (классификации по ГК РФ) являются договорами подряда, будут считаться договорами купли-продажи по смыслу Венской конвенции 1980 г.

Во-вторых, речь должна идти о купле-продаже товара по смыслу Венской конвенции 1980 г. Конвенция не подлежит применению к вещам, которые являются недвижимыми на момент передачи, к продаже

---

<sup>1</sup> Это различие имело значение, например, с точки зрения автоматического признания России в качестве постоянного члена Совета Безопасности ООН с правом вето.

имущественных прав (цессии), результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации (например, договорам об отчуждении исключительных прав), корпоративных прав (акций, долей в уставных капиталах). Конвенция также не регулирует продажу ценных бумаг, средств водного и воздушного транспорта, электроэнергетики (ст. 2).

В-третьих, договор купли-продажи должен носить международный характер, при определении которого используется единственный критерий – место нахождения коммерческих предприятий (*place of business*) сторон в разных странах. Под коммерческим предприятием понимается любое фактическое место ведения деловых операций вне зависимости от соблюдения в этом месте формальностей по государственной регистрации юридического лица, аккредитации филиала или иного обособленного подразделения, возникновения постоянного представительства для налоговых целей и т.п. Место ведения деловых операций должно характеризоваться стабильностью расположения на определенной территории и наличием менеджмента, способного принимать коммерческие решения, касающиеся заключения и исполнения договоров.

(ii) *Персональная сфера действия международного договора* (действие *ratione personae*) – определение круга лиц, на которых распространяется действие соответствующего международного договора. Венская конвенция 1980 г. применима по кругу лиц, если выполняется один из двух альтернативных критериев (п. 1 ст. 1) – либо страны, в которых находятся коммерческие предприятия сторон, являются Договаривающимися Государствами, либо согласно нормам международного частного права (соглашению сторон о выборе применимого права или объективным коллизионным нормам) применимо право Договаривающегося Государства. В результате эта Конвенция может оказаться применимой, даже если коммерческие предприятия обеих сторон контракта находятся в государствах, не участвующих в Венской конвенции 1980 г., например к контракту между туркменским продавцом и английским покупателем, если стороны в качестве применимого права выбрали российское право.

(iii) *Временная сфера действия международного договора* (действие *ratione temporis*) – определение пределов действия во времени соответствующего международного договора. Здесь имеет значение как дата вступления в силу самого международного договора (например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров была подписана в 1980 г., однако вступила в силу только в 1988 г., набрав необходимое минимальное число ратификаций), так и дата,

в которую этот международный договор стал обязательным для государства, позднее присоединившегося к нему (например, СССР присоединился к Венской конвенции 1980 г. только с 1 сентября 1991 г., а Россия выступает государством – продолжателем СССР с этой даты). Венская конвенция 1980 г. применяется к контрактам, которые были заключены после даты вступления ее в силу для соответствующих государств, а ее положения о заключении договора – если оферта была сделана после этой даты (ст. 100).

*(iv) Договоренность сторон контракта об исключении действия международного договора.* Некоторые международные договоры, регулирующие трансграничные сделки между частными лицами, предоставляют самим сторонам такой сделки возможность исключить применение данного международного договора. Так, ст. 6 Венской конвенции 1980 г. предусматривает, что ее действие в целом или отдельных ее положений может быть исключено самими сторонами.

Если спорное гражданско-правовое отношение подпадает под сферу действия определенного международного договора, который содержит материально-правовые нормы, регулирующие все аспекты такого отношения, то исключается определение применимого национального права с помощью норм международного частного права (п. 3 ст. 1186 ГК РФ). Соответственно, если контракт международной купли-продажи входит в сферу действия Венской конвенции 1980 г. и все спорные аспекты отношений сторон регулируются положениями данной Конвенции или общими принципами, на которых она основана, то не следует пытаться ссылаться на нормы какого-либо национального права (например, на нормы ГК РФ) (см. п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24).

*(e) Конкуренция норм из разных международных договоров*

Сложные вопросы могут возникать при появлении конкуренции между нормами нескольких международных договоров, каждый из которых стал составной частью российской правовой системы. Эти вопросы решаются с помощью положений самих международных договоров, содержащих конкурирующие положения, а также общих правил ч. III Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров («Соблюдение, применение и толкование договоров») и Закона о международных договорах (абзац второй п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24, абзац третий п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23). Например, если в международном договоре устанавливается, что он обусловлен предыдущим или последующим международным договором или что он не должен считаться несовместимым с таким международным договором, то пре-

имущественную силу имеют положения этого другого международного договора (п. 2 ст. 30 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров). Если все участники предыдущего международного договора являются также участниками последующего (принятого позднее) международного договора, но действие предыдущего международного договора не прекращено или не приостановлено, причем иное не следует из содержания конкурирующих международных договоров, то предыдущий международный договор применяется только в той мере, в какой его положения совместимы с положениями последующего международного договора (п. 3 ст. 30 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров).

ВС РФ в своей практике исходит из того, что по общему правилу специальные нормы международного договора подлежат приоритетному применению по отношению к общим нормам другого международного договора независимо от количества участников соответствующих международных договоров и дат их принятия, если нормами таких международных договоров не установлено иное (абзац третий п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24, абзац четвертый п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23).

В качестве примера сложных вопросов конкуренции нескольких международных договоров можно привести ситуацию с соотношением норм, содержащихся в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.) и Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.)<sup>1</sup>. Оба международных договора стали составной частью российской правовой системы и содержат регулирование сходных вопросов международного гражданского процесса и коллизионного права. В сферу действия обоих международных договоров входят отношения, связанные с осуществлением предпринимательской (хозяйственной) деятельности, хотя сфера действия Минской конвенции является более широкой и охватывает отношения с участием обычных граждан. Как Экономический Суд СНГ, так и ВС РФ исходят из того, что приоритетному применению подлежат нормы Киевского соглашения как носящие специальный характер по отношению к нормам Минской конвенции (Решение Экономического

---

<sup>1</sup> Предполагалось, что Минская конвенция будет заменена более поздней Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.), однако последняя Конвенция так и не была ратифицирована Российской Федерацией, а потому в отношениях с участием российских лиц продолжает применяться Минская конвенция.



Суда СНГ от 21 февраля 2007 г. № 01-1/2-06, абзац третий п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24, абзац второй п. 17 и абзац третий п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23). При этом учитывается, что в ст. 82 Минской конвенции («Соотношение Конвенции с международными договорами») указывается на то, что данная Конвенция не затрагивает положений других международных договоров, участниками которых являются Договаривающиеся Стороны, т.е. уступает приоритет таким иным международным договорам, в том числе принятому на год ранее Киевскому соглашению.

*(ж) Акты рекомендательного характера*

От международных договоров необходимо отличать модельные (типовые) законы и иные международно-правовые акты сугубо рекомендательного характера, которые не могут считаться частью российской правовой системы. Модельные (типовые) законы предназначены служить образцом при принятии внутригосударственных нормативных актов в различных странах. Они не порождают международно-правовой обязанности государств по соблюдению их положений, поэтому государства свободны в том, чтобы отклониться от формулировок такого модельного (типового) закона.

В то же время если государство использует положения модельного (типового) закона в своих внутригосударственных нормах, то подготовительные материалы и практику применения этих положений в других странах следует рассматривать в качестве важного источника для правильного толкования соответствующих внутригосударственных норм. Например, Россия при разработке Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и внесении в него последующих изменений использовала Типовой закон о международном торговом арбитраже, который был принят в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), а впоследствии изменен в 2006 г., на что прямо указано в преамбуле российского Закона.

**1.4. Постановления ЕСПЧ как составная часть российской правовой системы**

Став участницей Конвенции 1950 г. о защите прав человека и основных свобод, Российская Федерация признала компетенцию ЕСПЧ на разрешение споров, предусмотренных данной Конвенцией. В соответствии с разъяснениями российских высших судебных инстанций, необходимо различать постановления ЕСПЧ, принятые в отношении Российской Федерации (по жалобам против Российской Федерации) и иностранных государств.

Правовые позиции из окончательных постановлений ЕСПЧ, принятых в отношении Российской Федерации, считаются составной частью российской правовой системы и являются обязательными для российских судов по аналогичным спорам (п. 2.2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П, абзац первый п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21). Российское процессуальное законодательство также исходит из того, что установление ЕСПЧ факта нарушения положений указанной Конвенции при рассмотрении российским судом конкретного дела является основанием для пересмотра вступивших в силу судебных актов российского суда по новым обстоятельствам (п. 4 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 4 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, п. 4 ч. 1 ст. 350 КАС РФ). В то же время правовые позиции ЕСПЧ из окончательных постановлений, которые приняты в отношении других государств, лишь «учитываются» российскими судами, если обстоятельства рассматриваемого дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов ЕСПЧ (абзац второй п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21).

Кроме того, содержание прав и свобод человека, предусмотренных российским законодательством, должно определяться и толковаться с учетом содержания аналогичных прав и свобод, раскрываемого ЕСПЧ (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 21). Речь здесь идет о презумпции совместимости норм международного и внутригосударственного права, о которой речь шла выше в комментарии к п. 1. Сказанное не исключает возможность установления в российском законодательстве более высокого уровня защиты прав и свобод человека в сравнении со стандартами, гарантируемыми Европейской конвенцией 1950 г. в толковании ЕСПЧ.

По мнению КС РФ, Россия может в порядке исключения отступить от принципа обязательности постановлений ЕСПЧ, принятых против России, когда такое отступление является единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих принципов и норм Конституции РФ (Постановление КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П). Был создан механизм, в соответствии с которым Министерство юстиции РФ вправе обратиться в КС РФ с запросом о разрешении вопроса о возможности исполнения решения ЕСПЧ (гл. XIII.1 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Этот механизм уже был использован на практике дважды. В Постановлении от 19 апреля 2016 г. № 12-П КС РФ пришел к выводу о том, что Постановление ЕСПЧ от 4 июля 2013 г. по делу «Анчугов и Глад-

ков (Anchugov and Gladkov) против Российской Федерации» (жалобы № 11157/04 и № 15162/05) не подлежит исполнению в части мер общего характера, предполагающих внесение изменений в российское законодательство, которые позволяли бы ограничивать в избирательных правах не всех осужденных, отбывающих наказание в местах лишения свободы по приговору суда. В Постановлении от 19 января 2017 г. № 1-П КС РФ признан невозможным исполнение Постановления ЕСПЧ от 31 июля 2014 г. по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»» (ОАО Neftyanaya kompaniya YUKOS) против Российской Федерации» (жалоба № 14902/04) в части выплаты Российской Федерацией компенсации акционерам НК «ЮКОС», их правопреемникам и наследникам.

## **2. Внутригосударственные условия включения международных договоров в российскую правовую систему**

Как было отмечено выше, помимо соблюдения условия, находящегося в международно-правовой плоскости (вступление международного договора в силу для соответствующего государства или его временное применение в допустимых пределах), для того чтобы международный договор стал составной частью российской правовой системы и мог применяться российскими судами, необходимо соблюсти два дополнительных внутригосударственных условия: (i) установление самоисполнимого характера положений международного договора либо издание внутригосударственного акта, реализующего положения несамоисполнимого договора, и (ii) официальное опубликование международного договора (п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах). Абзац первый п. 2 комментируемой статьи говорит о первом из этих внутригосударственных условий — самоисполнимом или несамоисполнимом характере положений международного договора.

### ***2.1. Разграничение самоисполнимых и несамоисполнимых договоров***

Если договор носит самоисполнимый характер, то он становится частью российской правовой системы и может применяться российскими судами непосредственно сразу после вступления международного договора в силу для Российской Федерации. Если договор носит несамоисполнимый характер, то он становится частью российской правовой системы после издания внутригосударственных актов, направленных на его инкорпорацию, и подлежит применению российскими судами вместе с таким внутригосударственным актом (абзац третий п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8).

В комментируемой норме указывается один из признаков несамоисполнимых международных договоров — следующая из текста международного договора необходимость издания внутригосударственного

акта. Другой похожий признак приводится в Постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5: международный договор считается самоисполнимым, если в нем содержится указание на обязательства государств-участников по внесению изменений во внутреннее законодательство (абзац второй п. 3). Однако этот перечень признаков не является исчерпывающим, о чем свидетельствуют слова «в частности» в указанном разъяснении Пленума ВС РФ.

В литературе по международному праву признаки самоисполнимых и несамоисполнимых договоров принято разделять на субъективные и объективные. Субъективные признаки основаны на выявлении намерения государств, заключивших международный договор, а объективные — на использовании внешних способов толкования.

К субъективным признакам несамоисполнимых договоров относятся указания в тексте международного договора на исключение его непосредственного применения либо прямые правила о необходимости принятия дополнительных актов на внутригосударственном уровне или на международном уровне (в виде дополнительных международных договоров или протоколов к ним). Именно эти признаки были прямо упомянуты выше. К объективным признакам относятся ситуации, когда международный договор сам не обозначает внутригосударственные органы, ответственные за выполнение условий международного договора, оставляя этот вопрос на усмотрение каждого из государств-участников, причем без определения таких органов невозможна эффективная реализация положений международного договора. Другой пример — отсутствие в международном договоре правил о применимой внутригосударственной процедуре выполнения условий международного договора, без чего опять же невозможна эффективная реализация положений международного договора.

Например, Российская Федерация оформила присоединение к Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 15 ноября 1965 г.) путем принятия Федерального закона от 12 февраля 2001 г. № 10-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам», и эта Конвенция на международно-правовом уровне вступила в силу для России с 1 декабря 2001 г. Однако практическая реализация большинства положений данной Конвенции в России была невозможной без утверждения так называемого центрального органа, на который возлагается обязанность принимать и рассматривать запросы о вручении документов, поступающие из других государств, а также органов, которые уполномочены направлять запросы центральным

органам других государств (ст. 2 и 3 Конвенции). Назначение таких российских органов было произведено значительно позднее – на основании Указа Президента РФ от 24 августа 2004 г. № 1101.

## **2.2. *Требование об официальном опубликовании международных договоров***

Еще одним внутригосударственным условием непосредственного применения международного договора является его официальное опубликование по процедуре, установленной российским законодательством. Такая процедура определена в ст. 30 Закона о международных договорах. Вступившие в силу для России международные договоры, решения о согласии на обязательность которых приняты в форме федерального закона, подлежат официальному опубликованию в «Собрании законодательства Российской Федерации». Все вступившие в силу для России международные договоры (за исключением договоров межведомственного характера) также официально опубликовываются в «Бюллетене международных договоров» и размещаются на официальном интернет-портале правовой информации ([www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru)). Международные договоры межведомственного характера опубликовываются по решению федеральных органов исполнительной власти или уполномоченных организаций в официальных изданиях этих органов.

На важность условия об официальном опубликовании международного договора было обращено внимание в Постановлении КС РФ от 27 марта 2012 г. № 8-П. КС РФ пришел к следующему выводу: «...вступившие в силу международные договоры Российской Федерации, в том числе затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, подлежат обязательному официальному опубликованию в установленном порядке, без чего – в силу требований, вытекающих из взаимосвязанных статей 1 (часть 1), 2, 15 (части 1, 3 и 4), 17 (часть 1), 18 и 19 (часть 1) Конституции Российской Федерации, – они не могут считаться удовлетворяющими принципам правового государства, юридического равенства и правовой определенности как необходимым конституционным критериям защиты прав и свобод человека и гражданина на территории Российской Федерации».

КС РФ также указал на невозможность использования российскими судами временно применяемых международных договоров, которые не прошли процедуру официального опубликования. С учетом этих выводов КС РФ были внесены изменения в ст. 30 Закона о международных договорах в части порядка официального опубликования временно применяемых международных договоров. В настоящее время такие договоры (за исключением договоров межведомственного характера) подлежат незамедлительному официальному опубликованию

в «Бюллетене международных договоров» и размещению на официальном интернет-портале правовой информации ([www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru)) (п. 2.1 ст. 30 Закона о международных договорах).

### ***2.3. Место международных договоров в российской правовой системе***

В российской правовой системе действует строгая иерархия правовых актов: на вершине этой иерархии находится Конституция РФ, следом идут федеральные конституционные законы, затем обычные федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, подзаконные акты министерств и ведомств (см. комментарий к ст. 3 ГК РФ). Поскольку положения международных договоров становятся частью российской правовой системы, неизбежно возникает важный вопрос о том, на какой уровень в указанной иерархии они попадают. На решение этого вопроса направлена комментируемая норма абзаца второго п. 2 ст. 7, которая повторяет правило предложения второго ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

Если бы любой международный договор (например, межведомственный договор либо договор, согласие на обязательность или временное применение которого было выражено Правительством РФ без участия российского парламента) имел приоритет над любыми внутригосударственными нормативными актами, то это приводило бы к очевидному нарушению принципа разделения властей (ст. 10 Конституции РФ) и базовых характеристик правового государства (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ). Международные договоры могли бы превратиться в способ обхода положений федеральных законов со стороны российских органов исполнительной власти.

По этой причине в основу толкования комментируемой нормы был положен так называемый принцип иерархии, согласно которому место любого международного договора в российской правовой системе строго соответствует уровню того государственного органа, который выразил согласие на обязательность международного договора или его временное применение. При этом положения международного договора будут иметь приоритет над внутригосударственными актами того же органа. Соответственно, если международный договор был ратифицирован российским парламентом через процедуру принятия федерального закона, то такой международный договор имеет приоритет над не соответствующими ему положениями внутренних федеральных законов и нижестоящих нормативных актов. Однако если согласие на обязательность международного договора или его временное применение было выражено Правительством РФ без участия российского парламента, то такой международный договор будет иметь приоритет только над постановлениями Пра-

вительства РФ и нижестоящими нормативными актами (актами федеральных министерств и ведомств), но не над положениями российских федеральных законов. Если возникает коллизия норм международного договора и норм внутригосударственных актов того же уровня (например, ратифицированного международного договора и федерального закона), то приоритет отдается нормам международного договора вне зависимости от того, какая норма является более поздней или более специальной. Иными словами, в данной ситуации не действуют классические правила разрешения коллизий нормативных актов одного уровня – *lex posterior derogat legi priori* и *lex specialis derogat legi generali*.

Принцип иерархии находит последовательное закрепление в практике ВС РФ. Так, уже в абзаце втором п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 было указано, что суд не вправе применять нормы федерального закона, если иные правила установлены таким вступившим в силу для России международным договором, решение о согласии на обязательность которого было принято в форме федерального закона. В более подробном виде это разъяснение было воспроизведено в п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5. В нем было отмечено, что правила действующего международного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти или уполномоченной организацией, заключившими данный договор. Данные разъяснения были также с одобрением процитированы в п. 3 мотивировочной части Определения КС РФ от 6 ноября 2014 г. № 2531-О.

Наглядным примером применения описанного принципа иерархии может служить Кассационное определение ВС РФ от 29 декабря 2009 г. № 59-О09-35. В данном деле возникла коллизия между положениями УПК РФ и двустороннего международного договора между Россией и Китаем от 9 ноября 2006 г. о режиме российско-китайской государственной границы, согласие на обязательность которого было выражено Правительством РФ без прохождения ратификации в российском парламенте. ВС РФ указал на то, что приоритетом пользуются положения УПК РФ, поскольку соотношение нератифицированного международного договора РФ и федерального закона определяется на основе принципа иерархии нормативных актов, установленного Конституцией РФ. Международные договоры РФ, согласие на обязательность которых приняло Правительство РФ, обладают приоритетом по отношению к актам Правительства РФ и актам федеральных

органов исполнительной власти, но не по отношению к федеральным законам.

Применение принципа иерархии может иметь своим результатом нарушение Российской Федерацией своих международно-правовых обязательств перед другими государствами (как это фактически произошло в описанном выше деле о китайских нарушителях российской границы). Именно поэтому механизм имплементации положений международных договоров в российскую правовую систему, в основе которого лежит принцип иерархии, должен быть строго скоординирован с процедурой заключения международных договоров Российской Федерацией. Это сделано в Законе о международных договорах: если исполнение международного договора требует изменения федеральных законов или в нем устанавливаются иные правила, чем предусмотренные законом, то согласие на обязательность такого международного договора может быть выражено только в форме принятия федерального закона (п. 1 ст. 15, п. 1 ст. 20, п. 1 ст. 21). Важно, чтобы на практике при заключении каждого международного договора проводился детальный анализ соответствия положений международного договора правилам внутригосударственных российских нормативных актов для определения правильной процедуры выражения согласия на обязательность международного договора. Это позволит обеспечить эффективную имплементацию международных договоров в российскую правовую систему и соблюдение Российской Федерацией принципа *pacta sunt servanda* на международно-правовом уровне.

В соответствии с правовой позицией КС РФ, положения Конституции РФ в любом случае имеют приоритет над вступающими с ними в противоречие нормами международного договора — вне зависимости от того, каким российским органом было выражено согласие на обязательность международного договора (см. п. 3 мотивировочной части Постановления КС РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П, п. 3 мотивировочной части Постановления КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П).

Комментируемая норма представляет собой коллизионное правило особого рода, определяющее приоритет одних норм над другими. Предоставление приоритета положениям международного договора не будет означать автоматическую утрату силы нормой внутригосударственного права, вступившей с ним в противоречие. Как правило, сфера действия международного договора будет ограничена по кругу регулируемых отношений и кругу лиц (см. комментарий к настоящей статье выше об определении предметной, персональной и временной сфер действия международного договора). Соответственно, норма



внутригосударственного права сохранит свое действие для правоотношений, не подпадающих под сферу действия международного договора. Например, если заключенный контракт международной купли-продажи подпадает под сферу действия Венской конвенции 1980 г., то он будет регулироваться положениями этой Конвенции. Однако если такой же контракт с контрагентом из другой страны не подпадает под сферу действия данной Конвенции, то он будет регулироваться нормами ГК РФ.

Соотношение между правилами международного договора и внутригосударственного права может быть и более сложным. Даже если спорное правоотношение подпадает под сферу действия международного договора и в соответствии с принципом иерархии этот международный договор имеет приоритет над внутригосударственными нормами, может оказаться, что международный договор не регулирует отдельные спорные вопросы. Например, Венская конвенция 1980 г. не регулирует вопросы действительности договора купли-продажи или каких-либо из его положений, а также последствий, которые может иметь этот договор в отношении права собственности на проданный товар (ст. 4). Таким образом, если соответствующий договор международной купли-продажи входит в сферу действия Венской конвенции 1980 г., часть отношений сторон будет регулироваться исключительно положениями данной Конвенции (например, условия возмещения убытков и их размер), а другая часть (например, недействительность договора) — subsidiarily применимым внутригосударственным правом, которое определяется с помощью норм международного частного права из разд. VI ГК РФ (абзац третий п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24).

### Дополнительная литература

*Асосков А.В.* Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров: постатейный комментарий к положениям, определяющим сферу ее применения. М.: Инфотропик Медиа, 2013.

*Зимненко Б.Л.* Международное право и правовая система Российской Федерации. Общая часть: Курс лекций. М.: Российская академия правосудия; Статут, 2009; Особенная часть: Курс лекций. М.: Российская академия правосудия; Статут, 2010.

*Марочкин С.Ю.* Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации: Монография. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.

*Третьяков С.В., Машкова Е.В. Дуалистическая теория взаимодействия международного и внутригосударственного права и международное частное право // Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 3. С. 261–284.*

*Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries (2018).*

*International Law in Domestic Courts: A Casebook / A. Nollkaemper, A. Reinisch, R. Janik, and F. Simlinger (eds.). Oxford University Press, 2019.*

*Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence / H.Ph. Aust, G. Nolte (eds.). Oxford University Press, 2016.*

*Sloss D. Domestic Application of Treaties // Oxford Guide to Treaties / D.B. Hollis. Oxford University Press, 2012.*

*Tzanakopoulos A. Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law: Final Report of the Study Group of International Law Association on Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law // Report of the Seventy-Seventh Conference Held in Johannesburg (7–11 August 2016). International Law Association, 2017. Para. 12.*

## **Статья 8. Основания возникновения гражданских прав и обязанностей**

**1. Гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.**

**В соответствии с этим гражданские права и обязанности возникают:**

**1) из договоров и иных сделок, предусмотренных законом, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему;**

**1.1) из решений собраний в случаях, предусмотренных законом;**

**2) из актов государственных органов и органов местного самоуправления, которые предусмотрены законом в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей;**

**3) из судебного решения, установившего гражданские права и обязанности;**

**4) в результате приобретения имущества по основаниям, допускаемым законом;**

- 5) в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности;
  - 6) вследствие причинения вреда другому лицу;
  - 7) вследствие неосновательного обогащения;
  - 8) вследствие иных действий граждан и юридических лиц;
  - 9) вследствие событий, с которыми закон или иной правовой акт связывает наступление гражданско-правовых последствий.
2. *Утратил силу с 1 марта 2013 года.*

### *Комментарий*

#### **1. Общие замечания**

Комментируемая статья посвящена основаниям возникновения гражданских прав и обязанностей. В подобном качестве выступают различные обстоятельства социальной и физической реальности, которые имеют какое-либо правовое значение, т.е. влекут возникновение тех или иных правовых последствий. Такие обстоятельство именуется юридическими фактами.

Категория «юридического факта» хорошо известна цивилистической науке. Ведущая роль в формировании этого понятия принадлежит континентально-европейской цивилистике. Российская наука гражданского права восприняла это понятие из немецкого права во второй половине XIX в.

Следует отметить, что, несмотря на устойчивое и широкое использование в цивилистической науке, ни сама категория «юридического факта», ни система юридических фактов, как правило, не находят своего отражения в предписаниях позитивного права соответствующей страны. Аналогов комментируемой статьи нет практически ни в одном национальном правопорядке; отсутствуют они и на уровне наднациональных унификаций.

В отечественном праве соответствующие предписания впервые были закреплены в ст. 4 ГК РСФСР 1964 г., где на базе традиционных правил об основаниях возникновения обязательств (договор, деликт, неосновательное обогащение) и теоретических воззрений на систему юридических фактов гражданского права была предпринята попытка закрепления общей системы оснований возникновения гражданских прав и обязанностей. Эти правила с незначительными изменениями / дополнениями перешли и в современный Кодекс.

#### **1.1. Универсальность регулирования**

Юридические факты являются основанием возникновения самых разных по своему характеру гражданских прав и обязанностей. В связи

с этим комментируемая статья может применяться не только в отношении абсолютных прав или относительных субъективных прав, которым корреспондирует обязанность других лиц. Комментируемая статья охватывает и вопросы возникновения вторичных (преобразовательных) прав (например, права на отказ от договора, право выбора в альтернативном обязательстве, права на принятие наследства и т.п.), а также примыкающих к ним правомочий на инициирование порождения, изменения или прекращения относительного или абсолютного правоотношения в судебном или административном порядке (например, права на расторжение договора в судебном порядке, на передачу в суд спора об урегулировании разногласий и т.п.). Равным образом комментируемая статья применяется и в отношении возражений, т.е. прав лица воспрепятствовать путем заявления несогласия осуществлению направленного против него права другого лица (например, возражения об истечении давности, о преждевременности иска и т.п.), а также иных гражданско-правовых феноменов, чья правовая природа не до конца прояснена, — преимуществ, претерпеваний и пр.

Юридические факты служат основанием не только возникновения гражданских прав и обязанностей, но и их изменения и прекращения. Ввиду отсутствия в Кодексе общих правил, посвященных последним, комментируемая статья *mutatis mutandis* может применяться также и к случаям изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей, а указанные в ней юридические факты выступают не только в качестве правопорождающих, но и в качестве правоизменяющих и правопрекращающих.

### **1.2. Система юридических фактов гражданского права**

Ввиду большого разнообразия юридических фактов в цивилистической науке было выработано множество классификаций юридических фактов, играющих, как правило, сугубо методологическое значение. Одна из традиционных классификаций основана на последовательном использовании нескольких взаимосвязанных критериев.

Первый критерий, позволяющий разделить юридические факты на самом общем уровне, — волевой критерий, согласно которому все юридические факты гражданского права подразделяются на *события* и *действия*. События — обстоятельства, возникновение и развитие которых не зависит от воли и сознания человека, т.е. внешние по отношению к воле и поведению индивидов, в отношении которых данное обстоятельство будет влечь те или иные правовые последствия. Действия — поведенческие акты субъектов гражданского права, которые порождают те или иные правовые эффекты для этих, а иногда и иных лиц, а также акты должностных лиц, государственных органов и т.д.

«Действия» в широком смысле этого слова включают также и бездействие указанных выше лиц, когда с таковым связаны правовые последствия.

Классификация действий согласно одному из подходов отражает отношение факта к праву. По этому признаку факты-действия подразделяются на *правомерные* и *неправомерные (противоправные)*. Правомерные действия соответствуют предписаниям позитивного права, в них выражается правомерное с точки зрения действующего законодательства поведение. Неправомерные – противоречат правовым предписаниям.

Другой критерий разграничивает акты-действия в зависимости от их непосредственной цели. По этому признаку правомерные действия делятся на *юридические акты* и *юридические поступки*.

*Юридические акты* – это поведенческие акты, прямо направленные на достижение определенной правовой цели. Совершая юридические акты, индивиды, государственные органы и другие субъекты гражданского права целенаправленно создают, изменяют, прекращают правовые отношения для себя либо для других субъектов.

К числу юридических актов относятся прежде всего гражданско-правовые сделки (в том числе договоры). Кроме того, к юридическим актам относятся также влекущие гражданско-правовые последствия *административные акты*, т.е. действия исполнительных органов государственной власти или местного самоуправления, совершаемые в рамках закрепленной за ними компетенции в сфере реализации функций исполнительной власти. Речь идет о действиях таких органов как носителей публичной власти в отношениях, основанных на административном или ином властном подчинении (см. п. 3 ст. 2 ГК РФ и комментарий к нему). К юридическим актам относятся и *судебные акты* (решения, определения, постановления суда), влекущие гражданско-правовые последствия.

*Юридические поступки* – это поведенческие акты (действия), влекущие гражданско-правовые последствия независимо от того, были ли направлены указанные акты на последствия, ими (в силу норм права) вызываемые, или нет, а равно независимо от того, сознавал или не сознавал субъект их правовое значение, имел или не имел целью наступление данных правовых последствий. Правовые последствия юридических поступков определяются не содержанием воли, а прямо и принудительно законом.

При более детальном анализе юридические поступки, в свою очередь, могут быть разделены на две группы: *сделкоподобные действия* и *реальные акты*. Сделкоподобные действия представляют собой вы-

ражение воли, однако, в отличие от сделок, характеризуются тем, что правовые последствия такого выражения определяются не волей совершившего их лица, а правовой нормой. Эти последствия наступают независимо от того, желало ли их наступления действующее лицо. Тем не менее такие акты выражают волю лица и требуют для своего совершения наличия такой воли (а соответственно, и необходимого объема дееспособности как предпосылки образования и выражения юридически значимой воли). Примерами сделкоподобных действий выступают уведомление об уступке, о наступлении страхового случая и т.п.

Реальные акты совершаются лицом без цели обнаружения воли, и для их совершения не требуется дееспособность. Реальные акты вызывают к жизни фактический (технический) результат, который, однако, согласно предписаниям закона одновременно влечет правовые последствия. К числу реальных актов относятся, например, изготовление (создание) вещи, переработка (спецификация), находка, создание произведения литературы, науки или искусства и т.п.

Приведенная классификация, безусловно, не является совершенной. Ее отдельные фрагменты носят дискуссионный характер (обсуждение, например, вопроса об отнесении гражданско-правовых сделок исключительно к числу правомерных действий, а также вопроса о соотношении сделок и сделкоподобных действий обсуждался ранее в другом томе #Глоссы<sup>1</sup>). Однако ее очевидным достоинством является попытка системного взгляда на всю совокупность юридических фактов гражданского права, позволяющая не только увидеть все их многообразие, но и структурировать эти факты определенным образом. Это методологическое преимущество, видимо, и объясняет популярность приведенной классификации и ее широкое использование в отечественной монографической и учебной литературе.

### ***1.3. Отражение системы юридических фактов гражданского права в законе***

В п. 1 комментируемой статьи приводится перечень юридических фактов как оснований для возникновения гражданских прав и обязанностей. Здесь указано на возникновение гражданских прав и обязанностей в результате события. Также в качестве возможного источника возникновения гражданских прав и обязанностей указано причинение вреда (как архетипический пример неправомерного действия). Также

---

<sup>1</sup> См. подробнее: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 15–57 (автор комментария к ст. 153 – А.Г. Карапетов).

основаниями возникновения гражданских прав и обязанностей в приводимом здесь перечне указаны юридические факты, традиционно относимые к числу юридических актов (сделки, акты государственных и судебных органов). В качестве примера юридического поступка можно привести указанное в перечне создание произведения науки, литературы или искусства.

Вместе с тем воплощение соответствующей классификации в тексте комментируемой статьи вряд ли можно признать ее последовательной реализацией.

Во-первых, перечень юридических фактов, закрепленный в ней, очевидно, не может претендовать на статус классификации и подчеркнуто носит скорее чисто иллюстративный характер, поскольку:

- он не носит исчерпывающего характера (см. ниже п. 1.4 настоящего комментария);

- некоторые из упомянутых в нем обстоятельств пересекаются между собой и с точки зрения теоретического построения системы юридических фактов гражданского права относятся к одной и той же категории.

Во-вторых, некоторые из перечисленных в комментируемой статье категорий вообще не относятся к юридическим фактам. Так, обязательства из неосновательного обогащения (кондикционные обязательства) действительно обладают значительным своеобразием по сравнению, например, с обязательствами договорными или деликтными. Вместе с тем неосновательное обогащение (обогащение одного лица за счет другого в отсутствие правового основания) является в данном случае условием возникновения соответствующего обязательства (его характеристикой), но не представляет, вопреки предписаниям подп. 7 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, самостоятельного юридического факта. В основании возникновения кондикционного обязательства может лежать любой юридический факт – событие, неправомерное действие (см., например, п. 2 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49), юридический акт или юридический поступок. Об индифферентности вида и характера юридического факта для возникновения кондикционного обязательства недвусмысленно свидетельствует п. 2 ст. 1102 ГК РФ.

В-третьих, отдельные элементы приведенного в абзаце втором п. 1 комментируемой статьи перечня сформулированы чрезвычайно общим образом и используют отсылку к специальным правилам. Так, подп. 4 говорит о возникновении гражданских прав и обязанностей «в результате приобретения имущества по основаниям, допускаемым законом». Даже если в данном случае редуцировать понятие «имуще-

ство» и понимать последнее как «вещи», формулировка подп. 4 оказывается бессодержательной, так как для определения конкретных юридических фактов, охватываемых ею, потребуются обращение к нормам об основаниях возникновения права собственности и иных вещных прав (разд. II ГК РФ), о наследовании (разд. V ГК РФ), предписаниям законодательства о создании юридических лиц, их реорганизации и ликвидации (гл. 4 ГК РФ) и многим другим.

В связи с этим возникает вопрос о целесообразности самого существования правил комментируемой статьи. Конечно, представление о системе юридических фактов гражданского права является базовым для юриста. Но закон не учебник, и закрепление общего перечня юридических фактов на уровне позитивного права не кажется нам столь уж необходимым. Вряд ли отсутствие упоминания того или иного обстоятельства, в силу специальных норм закона влекущего правовые последствия, в данном иллюстративном перечне ставит под сомнение значение данного обстоятельства как юридического факта. Не случайно без подобных комментируемых статьей общих предписаний обходится подавляющее большинство современных национальных гражданских кодификаций.

Сомнения в необходимости закрепления общего перечня юридических фактов в Кодексе усиливает еще и то обстоятельство, что, в отличие от цивилистической науки, в законе, видимо, невозможно отразить этот перечень именно как систему юридических фактов гражданского права. А в отсутствие этого признака соответствующее перечисление комментируемой статьей утрачивает и методологическое значение.

Практическая ценность комментируемой статьи также невелика. Не случайно ссылка на ее предписания в подавляющем большинстве судебных актов используется для «красного словца», без какой бы то ни было цели и последствий, а потому является излишней. Примерами подобного выступают случаи, когда такая ссылка выступает промежуточным звеном перед обращением к конкретной норме, регулирующей рассматриваемые отношения (см., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 22 мая 2012 г. № 13443/11; определения СКЭС ВС РФ от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540, от 27 июня 2019 г. № 305-ЭС18-18843, от 27 июня 2019 г. № 304-ЭС19-2724; определения СКГД ВС РФ от 17 января 2017 г. № 5-КГ16-230, от 21 мая 2019 г. № 33-КГ19-1), или такая ссылка используется для очевидной констатации многообразия юридических фактов гражданского права (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 2 апреля 2019 г. № 5-КГ19-25).

Содержательное применение правил комментируемой статьи встречается крайне редко и в основном сводится к попытке обосновать



разную правовую природу юридических фактов, отнесенных абзацем вторым п. 1 комментируемой статьи к различным категориям.

Так, судебная практика считает, что земельный участок, переданный одному из супругов во время брака на основании акта органа местного самоуправления, не относится к личной собственности этого супруга (ст. 36 СК РФ), поскольку в комментируемой статье законодатель разграничивает в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей договоры (сделки) и акты государственных органов, органов местного самоуправления и не относит последние к безвозмездным сделкам (см. определения СКГД ВС РФ от 10 ноября 2015 г. № 18-КГ15-202, от 28 февраля 2017 г. № 49-КГ17-1, от 28 ноября 2017 г. № 64-КГ17-10, от 28 мая 2019 г. № 42-КГ19-2). Представляется, что и в данном случае вывод суда мог быть обоснован исключительно предписаниями ст. 36 СК РФ, а ссылка на положения комментируемой статьи ничего не прибавляет к приведенной судом аргументации.

В юридической литературе ввиду того, что сделки и решения собраний упомянуты в комментируемой статье как самостоятельные основания возникновения гражданских прав и обязанностей, предпринимаются попытки обосновать самостоятельную (несделочную) сущность решений собраний. Однако, поскольку перечень комментируемой статьи носит бессистемный и скорее иллюстративный характер и не основан на четком разграничении правовой природы упомянутых в ней обстоятельств (см. выше), указанный довод вряд ли можно считать серьезным аргументом в данном споре.

#### ***1.4. Виды юридических фактов. Неисчерпывающий характер перечня***

Комментируемая статья закрепляет перечень юридических фактов гражданского права как неисчерпывающий и иллюстративный. Об этом очевидно свидетельствуют правила подп. 8 и 9 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, которые относят к юридическим фактам и иные действия граждан и организаций, а также любые события, с которыми закон или иной правовой акт связывают наступление правовых последствий.

##### ***(а) Договоры и иные сделки***

Наиболее распространенным и архетипическим основанием возникновения гражданских прав и обязанностей выступают сделки — односторонние, а также двух- и многосторонние (договоры) (п. 1 ст. 154, ст. 420 ГК РФ).

Подпункт 1 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи указывает, что основанием возникновения гражданских прав и обязанностей могут выступать договоры и иные сделки, как предусмотренные законом

(поименованные), так и хотя законом не предусмотренные (непоименованные), но ему не противоречащие. Данное утверждение справедливо в отношении договоров (п. 2 ст. 421 ГК РФ) и так называемых односторонне-управомочивающих сделок, т.е. односторонних сделок, посредством которых лицо ограничивает свои собственные права и правовые возможности или предоставляет некие права (правомочия) другому лицу. Однако оно совершенно некорректно, когда речь идет о так называемых односторонне-обязывающих сделках, посредством которых лицо может существенно вторгнуться в правовую сферу другого лица, навязать последнему лишение или ограничение его прав или иные негативные правовые последствия (например, заявление о зачете, односторонний отказ от договора). Односторонне-обязывающие сделки могут выступать в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей лишь в случаях, указанных в законе или ранее заключенном договоре (ст. 155 ГК РФ). Односторонне-обязывающая сделка, не предусмотренная законом или договором (т.е. совершенная при отсутствии специального правового основания), не влечет правовых последствий, т.е. *de facto* ничтожна (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

*(б) Решения собраний*

Основанием возникновения гражданских прав и обязанностей могут выступать решения собраний<sup>1</sup>. При этом, в отличие от формулировки, касающейся договоров и иных сделок, в отношении решений собраний комментируемый перечень ограничивает их возможный статус юридического факта гражданского права лишь «случаями, предусмотренными законом». Указанное ограничение корреспондирует предписаниям п. 2 ст. 181.1 ГК РФ и активно используется в правоприменительной практике (см. п. 103 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 28 марта 2018 г., Определение СКГД ВС РФ от 17 января 2017 г. № 5-КГ16-230). Иначе говоря, решение собрания может только тогда повлечь правовые последствия для всех членов некоего сообщества, включая тех, кто не принял участие в голосовании или голосовал «против», когда закон придает решениям собраний такое значение и допускает навязывание одними членами некой группы своей воли другим.

---

<sup>1</sup> Подробный анализ вопросов правовой природы решений общих собраний см.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 871–880 (автор комментария к ст. 181.1 – Д.В. Новак).

В принципе, ничто не мешает сторонам заключить многосторонний договор (например, простое товарищество или корпоративный договор) и в контракте предусмотреть принцип большинства для принятия тех или иных изменений или дополнение к контракту. Это прямо допущено в п. 1 ст. 450 ГК РФ, но с точки зрения систематики юридических фактов это будет не решение собраний по смыслу ГК РФ (поскольку формирование такого сообщества с возможностью принятия решений большинством в законе не предусмотрено), а обычное изменение или расторжение договора по воле не всех его сторон.

*(в) Акты государственных органов и органов местного самоуправления*

Основанием возникновения гражданских прав и обязанностей могут выступать и акты уполномоченных государственных органов и органов местного самоуправления. Системный анализ комментируемой статьи дает основание полагать, что категория «акт» используется в подп. 2 абзаца первого п. 1 комментируемой статьи в достаточно узком значении и охватывает собой лишь индивидуальные (ненормативные) акты исполнительных органов государственной власти или местного самоуправления, принимаемые в рамках закрепленной за ними компетенции.

Речь идет прежде всего о правомерных актах. Впрочем, акты, принятые указанными органами в противоречии с законом, равно как и незаконное бездействие этих органов либо должностных лиц этих органов, также могут являться основанием возникновения гражданских прав и обязанностей. Например, в том случае, когда такие акты, иные действия или бездействие причиняют вред другому лицу и служат в силу предписаний ст. 1069, 1070 ГК РФ основанием возникновения деликтных обязательств, в перечне юридических фактов комментируемой статьи они будут относиться к подп. б абзаца второго.

Следует также обратить внимание на то, что в комментируемой норме подчеркивается, что указанные акты государственных органов и органов местного самоуправления должны быть «предусмотрены законом в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей». Таким образом, соответствующие органы должны принимать акты в пределах своей компетенции, и только такие акты порождают правовые последствия.

*(г) Судебное решение*

Под «судебным решением» в комментируемой статье имеются в виду судебные акты любых судов (судов общей юрисдикции, арбитражных и третейских судов), принятые ими при разрешении конкретных дел. К числу таких актов относятся не только собственно решения, но и определения и постановления различных судебных ин-

станций, не только российских, но и иностранных судов, при условии, что законная сила таких актов признана на территории Российской Федерации.

Для правильного понимания комментируемой нормы следует учитывать, что в процессуальной науке все судебные иски делятся на три вида:

– иски о присуждении (*исполнительные*), которые направлены на присуждение к исполнению определенного гражданско-правового требования. Исполнительные иски тесно связаны с материально-правовыми требованиями и представляют собой их процессуальную форму. Цель исполнительного иска – обязать ответчика совершить определенные действия, в том числе осуществить имущественное предоставление. Поэтому исполнительные иски предполагают возможность их принудительного исполнения посредством механизмов исполнительного производства;

– иски о признании (*установительные* или *декларативные*), цель которых заключается в подтверждении судом по требованию управомоченного лица существования определенного материального правоотношения либо отдельных прав и обязанностей участвующих в деле лиц (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23);

– иски о преобразовании (*преобразовательные* или *конститутивные*), которые направлены на создание, изменение и прекращение юридических отношений.

Определяя характер иска, не следует ориентироваться только на используемую истцом формулировку. В силу целого ряда обстоятельств (специфики законодательной техники, сложившегося в практике устойчивого словоупотребления, недостаточного уровня юридической подготовки истца) формулировка иска может некорректно отражать его действительную природу. Так, п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 ГК РФ предусматривает такой способ защиты стороны по предварительному договору, как иск о «понуждении к заключению основного договора», который в действительности является не исполнительным, а преобразовательным иском (см. подробнее п. 7 комментария к ст. 12 ГК РФ). Пункт 3 ст. 222 ГК РФ указывает на возможность «признания» права собственности на самовольную постройку. Однако, поскольку судебное решение по такому иску является основанием возникновения права собственности на самовольную постройку (п. 31 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), такой иск относится не к декларативным, а к преобразовательным (см. подробнее об этом и иных случаях, когда иск о признании в действительности маскирует иск иной природы, п. 2.1 комментария к ст. 12 ГК РФ).

Вышеуказанным трем видам исков соответствуют три вида судебных решений – о присуждении, о признании и о преобразовании. Данная классификация имеет важнейшее значение для правильного понимания и применения п. 1 комментируемой статьи, поскольку в качестве юридического факта в нем названы лишь «судебные решения, *установившие* гражданские права и обязанности». Очевидно, что в контексте комментируемой статьи категория «установившие» используется в значении «создавшие» (при ином понимании данное специальное указание утрачивает всякое значение и становится излишним).

Этому критерию соответствуют в первую очередь конститутивные судебные решения. Так, например, судебное решение о заключении основного договора на условиях, согласованных в договоре предварительном, будет основанием возникновения обязательственных прав из такого договора; решение о расторжении договора, напротив, будет прекращать соответствующие договорные обязательства; решение о признании права собственности на самовольную постройку будет порождать указанное право; решение о разделе общего имущества – прекращать право общей собственности и влечь возникновение личной собственности на указанное в судебном акте имущество.

Напротив, в рамках исполнительного решения суд не устанавливает (не порождает) гражданских прав и обязанностей, а лишь обеспечивает принудительную реализацию прав и обязанностей, ранее возникших из иного юридического факта. Судебное решение по иску о присуждении не является основанием ни для возникновения, ни для прекращения гражданских прав (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 20 июня 2013 г. № 3810/13). Равным образом декларативные судебные решения не создают право, а направлены на констатацию (подтверждение существования) спорного права, которое возникло в силу определенных юридических фактов уже до обращения в суд.

Соответственно, по общему правилу только конститутивное (преобразовательное) судебное решение может выступать в качестве юридического факта гражданского права. В то же время остальные судебные решения хотя и не направлены на порождение гражданских прав или обязанностей, но могут в ряде случаев порождать побочные правовые последствия гибридной материально-процессуальной природы (возникновение обязанности возмещения судебных расходов, обязательства по уплате судебной неустойки и т.п.).

Более детальная дискуссия по данным вопросам, крайне важным для науки процессуального права, выходит за пределы настоящего комментария. Отметим лишь, что признание конститутивного характера за решениями о присуждении или о признании, помимо прочего,

вступает в противоречие с функциональным предназначением таких судебных актов. Ведь сторона материального правоотношения в подобных случаях обращается к суду с соответствующим иском не для изменения правоотношения, а только и исключительно для разрешения возникшего конфликта.

*(д) Приобретение имущества по основаниям, допускаемым законом*

Появление данной опции в списке оснований возникновения гражданских прав (а она отсутствовала в ст. 4 ГК РСФСР 1964 г.), видимо, было вызвано желанием законодателя придать перечню комментируемой статьи более системный характер, охватить его содержанием и область вещного права (хотя использование термина «имущество» позволяет помыслить еще более глобальную задумку законодателя). Однако ввиду масштабности данной подотрасли гражданского права, многообразия юридических фактов, лежащих в основании возникновения, изменения или прекращения самых разных вещных прав, задача указать их перечень, избежав при этом дублирования специальных правил ГК РФ, сразу выглядела невыполнимой.

Поэтому в подп. 4 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи использована универсальная и отсылочная по своей сути формулировка. В итоге это, хотя и вынужденное, решение оказывается крайне неудачным. Оно бессодержательно и окончательно разрушает представление о перечне юридических фактов комментируемой статьи как системе (см. выше п. 1.3 настоящего комментария). Кроме того, формулировка, использованная в подп. 4 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, лишена смысла. Очевидно, что тот или иной факт социальной и физической реальности получает значение «юридического факта» только потому, что признан в подобном качестве правом порядком (законом). С таким же успехом можно было вообще отказаться от создания списка юридических фактов, указав на возникновение гражданских прав «по основаниям, допускаемым законом» (что, собственно, и сделано в абзаце первом п. 1 комментируемой статьи). Сказанное лишний раз подчеркивает крайнюю спорность самой идеи, лежащей в основе создания перечня комментируемой статьи.

*(е) Создание произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности*

Указание на акты интеллектуального творчества (открытия, изобретения, рационализаторские предложения, создание произведений науки, литературы и искусства) как юридические факты гражданского права фигурировало в ст. 4 ГК РСФСР 1964 г. Оно, видимо, было призвано на одном из самых ярких примеров подчеркнуть, что гражданские права и обязанности могут возникать не только из сделок

и других изъявлений воли, но и из реальных актов (см. выше п. 1.2 настоящего комментария).

ГК РФ продолжил указанную традицию, одновременно сформулировав подп. абзаца второго п. 1 комментируемой статьи в качестве универсального решения и распространив его на все результаты интеллектуальной деятельности. Именно эта универсальность и вызывает нарекания в юридической литературе. Дело в том, что понятие «результаты интеллектуальной деятельности» неоднородно и охватывает собой две различные группы. В первую из таких групп входят объекты интеллектуальной собственности, которые становятся охраняемыми с самого момента их создания, — произведения науки, литературы, искусства, объекты смежных прав и др. (см. п. 4 ст. 1259, п. 2 ст. 1304 ГК РФ). В отношении этой группы действительно сам факт их создания, т.е. придания объективной формы, допускающей их восприятие другими людьми, означает появление объекта и является основанием возникновения интеллектуальных прав на него. Вторую группу составляют изобретения, иные объекты патентного права, а также другие объекты интеллектуальной собственности (в частности, селекционные достижения), которые нуждаются в признании их в качестве объектов интеллектуальной собственности в установленном законом порядке. В отношении таких объектов сам по себе факт создания не является основанием ни появления охраняемого объекта, ни возникновения исключительных прав. Требуется еще и государственная регистрация в Роспатенте (акт государственного органа), подтверждающая признание государством наличия охраноспособного объекта. Исключительные права на такие объекты возникают только в момент соответствующей государственной регистрации (ст. 1353, 1415 ГК РФ).

Комментируемая норма не акцентирует внимания на данном различии, общим образом говоря о возникновении гражданских прав в результате создания любых объектов интеллектуальной собственности.

Игнорирование данной дифференциации, создание ложной иллюзии унифицированного регулирования правового режима всех объектов интеллектуальной собственности, несомненно, является недостатком предписаний подп. 5 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи. Хотя справедливости ради следует отметить, что сама ее формулировка не вступает в противоречие с правилами части четвертой ГК РФ. Ведь комментируемая статья не указывает на характер прав, возникающих вследствие создания того или иного «результата интеллектуальной деятельности». В отношении объектов первой группы «создание» будет влечь возникновение всего комплекса интеллектуальных прав.

В отношении же второй – возникновение у автора соответствующего технического, биологического решения или решения внешнего вида изделия права на подачу заявки в Роспатент (ст. 1357, 1420 ГК РФ).

Другое дело, что для определения гражданско-правового значения «создания результата интеллектуальной деятельности» и установления круга и характера гражданских прав, порождаемых данным основанием, потребуются обращение к специальным правилам части четвертой ГК РФ. А это лишний раз подчеркивает сомнительную ценность и отсутствие серьезного регулирующего воздействия рассматриваемой нормы, равно как и подавляющего большинства иных содержащихся в комментируемой статье правил.

*(ж) Причинение вреда другому лицу*

Причинение вреда другому лицу или его имуществу представляет собой классический пример неправомерного поведения как юридического факта, влекущего возникновение обязательства по его возмещению (деликтного обязательства). Вместе с тем современный ГК РФ допускает в случаях, прямо указанных в законе (см. ст. 16.1 ГК РФ и комментарий к ней, а также п. 3 ст. 1064 ГК РФ), возможность возникновения деликтного обязательства и в случае правомерного поведения причинителя (делинквента).

Основная регламентация деликтных обязательств содержится в гл. 59 ГК РФ.

*(з) Неосновательное обогащение*

Упоминание в перечне юридических фактов неосновательного обогащения объясняется, видимо, тем, что при формулировании ст. 4 ГК РСФСР, явившейся прообразом комментируемой статьи, за основу была взята известная еще из римского права «триада» оснований возникновения обязательств (договор, деликт и неосновательное обогащение), которую попытались соединить с общей классификацией юридических фактов гражданского права, разработанной в литературе.

Однако, как указывалось выше, неосновательное обогащение является характеристикой соответствующего обязательства, но не представляет самостоятельного юридического факта.

Регулированию кондикционных обязательств посвящены предписания гл. 60 ГК РФ. В отечественной доктрине указанные правила зачастую оцениваются как воплощающие принцип так называемой генеральной кондикции, который состоит в том, что любое неосновательное обогащение (обогащение одного лица за счет другого в отсутствие правового основания), в чем бы оно ни состояло и по каким бы причинам ни произошло, подлежит возврату. В полном соответствии с этим принципом п. 2 ст. 1102 ГК РФ указывает на возможность воз-



никновения кондикционного обязательства в силу любого юридического факта гражданского права.

*(и) Иные действия граждан и юридических лиц как основание возникновения гражданских прав и обязанностей*

Как указывалось выше (см. п. 1.2 настоящего комментария), категория действий граждан и юридических лиц как юридических фактов гражданского права не исчерпывается только сделками. К числу действий относятся и юридические поступки – сделкоподобные действия и реальные акты. Некоторые из них включены в другие категории абзаца второго п. 1 комментируемой статьи. Например, такой реальный акт, как создание произведения литературы, науки и искусства, прямо указан в подп. 5. Отдельные виды реальных актов через отсылочную норму подп. 4 могут выступать в качестве оснований возникновения права собственности (например, создание новой вещи, переработка, находка, обнаружение клада).

Однако за пределами этих поименованных случаев остается достаточно большое число юридических поступков (например, уведомление об уступке, о наступлении страхового случая и др.)<sup>1</sup>. Признанию за ними статуса юридических фактов и посвящен подп. 8 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи. При этом данная норма, очевидно, посвящена лишь таким юридическим поступкам, которые названы в качестве юридических фактов в законе. «Непоименованные» юридические поступки, по логике комментируемой статьи, охватываются содержанием предписаний абзаца первого п. 1, согласно которым такие поступки могут порождать гражданско-правовые последствия при отсутствии прямого указания на то в законе или договоре, если это соответствует общим началам и смыслу гражданского законодательства.

К рассматриваемой категории иных действий, видимо, также должны относиться неправомерные действия субъектов гражданского оборота, которые не охватываются содержанием подп. 6 и 7 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи (например, неисполнение договорного обязательства).

---

<sup>1</sup> К сожалению, институт юридических поступков не развит в отечественной цивилистической доктрине. Поэтому уяснение правовой природы многих явлений данной группы (сделкоподобное действие или реальный акт), равно как и их отграничение от сделок, является крайне дискуссионным и производится по сути интуитивно. Анализ отдельных сложных ситуаций см.: Сделки, представительство, исковая давность: поста-тейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 35–48, 52–54 (автор комментария к ст. 153 – А.Г. Карапетов).

*(к) События*

В качестве юридических фактов гражданского права могут выступать не только действия, но и события, т.е. обстоятельства, происходящие независимо от воли и сознания конкретных индивидов, в отношении которых данные обстоятельства будут влечь те или иные правовые последствия.

Ввиду объективности течения и наступления к категории событий в цивилистической доктрине традиционно относят и сроки.

Как подчеркивает подп. 9 абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, событие может выступать в качестве основания возникновения (изменения, прекращения) гражданских прав и обязанностей, если оно в подобном качестве указано в законе. Так, смерть наследодателя влечет возникновение у наследников секундарного права на принятие наследства (ст. 113, 1152 ГК РФ). Смерть гражданина-кредитора прекращает принадлежащее ему право требования, если последнее было тесно связано с личностью (п. 2 ст. 418 ГК РФ).

Однако признать за конкретным событием статус юридического факта можно не только законом, но и сделкой. Наглядные примеры подобного содержатся в ГК РФ. Так, пожар или иной природный катаклизм могут быть определены сторонами договора страхования в качестве страхового риска, наступление которого влечет обязанность страховщика осуществить страховую выплату. Пункт 3 ст. 425 ГК РФ прямо указывает на возможность сторон договора установить, что окончание срока действия договора (истечение срока) влечет прекращение обязательств сторон.

Равным образом нет никаких оснований не допускать установление события в качестве юридического факта сделкой в ситуации, когда закон об этом прямо не упоминает. Например, стороны договора займа могут предусмотреть возможность досрочного истребования суммы займа (т.е. возникновение секундарного права займодавца на изменение срока исполнения обязательства), если какие-то показатели рынка (например, индекс ММВБ) опустятся ниже оговоренных отметок. Арендодатель, дающий предварительное согласие на передачу имущества в субаренду, может ограничить действие этого согласия определенным сроком. Допустимость приведенных и иных случаев волевого признания определенного события в качестве юридического факта должна ограничиваться лишь общими принципами свободы договора и автономии воли (см. п. 1 ст. 1 ГК РФ и комментарий к нему).

*(л) «Непоименованные» юридические факты*

Согласно абзацу первому п. 1 комментируемой статьи те или иные обстоятельства могут влечь гражданско-правовые последствия не толь-

ко в силу прямого указания в законе, ином правовом акте, обычае или ином источнике права, а также не только в силу указания на то в ранее заключенной между сторонами возникающего правоотношения сделке, но и в силу общих начал и смысла гражданского законодательства. Так, принцип добросовестности, например, может в ряде случаев предопределять возникновение обязанности по компенсации тех или иных расходов, в случае если они были понесены в связи с исполнением договора и т.п. Впрочем, регулятивный потенциал комментируемого правила не до конца понятен, а его реального применения в актуальной судебной практике обнаружить не удалось.

## 2. Отмененный пункт 2.

Пункт 2 утратил силу с 1 марта 2013 г. — Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ.

## Дополнительная литература

*Агарков М.М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. II. М.: ЮрИнфоР, 2002. С. 333—361 (исходную публикацию см. [здесь](#)).

*Красавчиков О.А.* [Юридические факты в советском гражданском праве](#). М.: Госюриздат, 1958.

[Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153—208 Гражданского кодекса Российской Федерации](#) [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. С. 15—57 (комментарий к ст. 153 ГК РФ).

*Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полут. 2: Введение и общая часть / Пер. с 13-го нем. изд. проф. И.Б. Новицкого, Г.Н. Полянской и В.А. Альтшулера; Под ред., с предисл. и введ. замеч. проф. Д.М. Генкина и проф. И.Б. Новицкого. М.: Иностран. лит., 1950. С. 77—86.

## Статья 8.1. Государственная регистрация прав на имущество

**1. В случаях, предусмотренных законом, права, закрепляющие принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу, ограничения таких прав и обременения имущества (права на имущество) подлежат государственной регистрации.**

Государственная регистрация прав на имущество осуществляется уполномоченным в соответствии с законом органом на основе принципов про-

верки законности оснований регистрации, публичности и достоверности государственного реестра.

В государственном реестре должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить объект, на который устанавливается право, управомоченное лицо, содержание права, основание его возникновения.

2. Права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом.

3. В случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон, сделка, влекущая возникновение, изменение или прекращение прав на имущество, которые подлежат государственной регистрации, должна быть нотариально удостоверена.

Запись в государственный реестр вносится при наличии заявлений об этом всех лиц, совершивших сделку, если иное не установлено законом. Если сделка совершена в нотариальной форме, запись в государственный реестр может быть внесена по заявлению любой стороны сделки, в том числе через нотариуса.

4. Если право на имущество возникает, изменяется или прекращается вследствие наступления обстоятельств, указанных в законе, запись о возникновении, об изменении или о прекращении этого права вносится в государственный реестр по заявлению лица, для которого наступают такие правовые последствия. Законом может быть предусмотрено также право иных лиц обращаться с заявлением о внесении соответствующей записи в государственный реестр.

5. Уполномоченный в соответствии с законом орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на имущество, проверяет полномочия лица, обратившегося с заявлением о государственной регистрации права, законность оснований регистрации, иные предусмотренные законом обстоятельства и документы, а в случаях, указанных в пункте 4 настоящей статьи, также наступление соответствующего обстоятельства.

Если право на имущество возникает, изменяется или прекращается на основании нотариально удостоверенной сделки, уполномоченный в соответствии с законом орган вправе проверить законность соответствующей сделки в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом.

6. Зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке. Лицо, указанное в государственном реестре в качестве правообладателя, признается таковым, пока в установленном законом порядке в реестр не внесена запись об ином.

При возникновении спора в отношении зарегистрированного права лицо, которое знало или должно было знать о недостоверности данных государственного реестра, не вправе ссылаться на соответствующие данные.

Приобретатель недвижимого имущества, полагавшийся при его приобретении на данные государственного реестра, признается добросовестным (статьи 234 и 302), пока в судебном порядке не доказано, что он знал или должен был знать об отсутствии права на отчуждение этого имущества у лица, от которого ему перешли права на него.

7. В отношении зарегистрированного права в государственный реестр может быть внесена в порядке, установленном законом, отметка о возражении лица, соответствующее право которого было зарегистрировано ранее.

Если в течение трех месяцев со дня внесения в государственный реестр отметки о возражении в отношении зарегистрированного права лицо, по заявлению которого она внесена, не оспорило зарегистрированное право в суде, отметка о возражении аннулируется. В этом случае повторное внесение отметки о возражении указанного лица не допускается.

Лицо, оспаривающее зарегистрированное право в суде, вправе требовать внесения в государственный реестр отметки о наличии судебного спора в отношении этого права.

8. Отказ в государственной регистрации прав на имущество либо уклонение от государственной регистрации могут быть оспорены в суде.

9. Убытки, причиненные незаконным отказом в государственной регистрации прав на имущество, уклонением от государственной регистрации, внесением в государственный реестр незаконных или недостоверных данных о праве либо нарушением предусмотренного законом порядка государственной регистрации прав на имущество, по вине органа, осуществляющего государственную регистрацию прав на имущество, подлежат возмещению за счет казны Российской Федерации.

10. Правила, предусмотренные настоящей статьей, применяются, поскольку иное не установлено настоящим Кодексом.

### *Комментарий*

#### **1. Общее правовое значение регистрации прав**

Есть два основных предположения, почему правопорядки не довольствуются общими правилами гражданского права о возникновении, изменении, прекращении и переходе субъективных гражданских прав, а создают специальные положения о регистрации этих прав в особых реестрах.

Первое предположение заключается в том, что регистрационная система, например, в сфере недвижимого имущества необходима прежде всего для фискальных целей: установления фигуры плательщика налога на недвижимость, а также установления объекта налогообложения (его

параметров и стоимости). Однако это предположение опровергается довольно легко: существует множество примеров, когда в конкретной юрисдикции регистрация недвижимости отсутствует, но при этом существует система налогообложения недвижимости, имеющая различные механизмы установления налогового бремени в отношении собственников недвижимости. Нет сомнений в том, что правильно устроенная регистрационная система помогает фискальной службе взимать налог на недвижимость, однако это, кажется, скорее, побочное ее проявление. Что же касается определения размеров объектов налогообложения и их усредненных стоимостей, то этой цели служит не реестр недвижимости, а кадастр, т.е. свод картографических планов земельных участков, технических описаний зданий и помещений. Именно к этому своду привязывается и усредненная оценка объектов налогообложения (кадастровая стоимость, которая выступает в качестве налогооблагаемой базы). Теоретически мыслим правопорядок, в котором имеется лишь привязанный к картографической основе кадастр, содержащий описания участков, а права на них передаются просто путем совершения гражданско-правовых сделок без какой-либо регистрации. Такая система вполне достаточна для того, чтобы упростить работу налогового органа по взиманию налога на недвижимость.

Кроме того, государственная регистрация ряда прав вовсе никак не может быть объяснена фискальными соображениями, так как соответствующие виды имущества, в отношении которых функционирует система государственной регистрации прав, налогом не облагаются (например, доли в ООО).

Так что, безусловно, определенное значение фискальный интерес иметь может, но он не носит определяющий характер.

Второе предположение состоит в том, что регистрационная система создается в первую очередь для достижения определенных частноправовых целей. Каких? В первую очередь это легитимационная цель.

Легитимационная функция регистрации заключается в том, что регистрация создает формальную легитимацию (управомоченность) лица, записанного в реестр, в качестве собственника либо обладателя какого-то иного права на имущество. Легитимационная функция реестра необходима для того, чтобы упрощать всем третьим лицам распознавание того, имеют ли они дело с действительным собственником имущества, имеются ли какие-либо обременения в отношении этого имущества (в первую очередь ипотеки, залоги, сервитуты), аресты, не передана ли она в долгосрочную аренду и пр.

В отсутствие регистрации лица, намеревающиеся вступить в договор с собственником, вынуждены проверять титул своего потенциаль-

ного контрагента и отсутствие каких-либо обременений (например, правильность документов, по которым он приобрел имущество; правильность документов, по которым его правопродшественник приобрел это имущество; правильность документов, по которым правопродшественник правопродшественника потенциального контрагента его приобрел и т.д.). Кажется, логическим пределом такой проверки является срок исковой давности, однако с учетом сложных правовых решений, существующих в сфере порядка исчисления субъективных и объективных сроков исковой давности, возможности ее прерывания, приостановления, восстановления, это решение является неочевидным. Кроме того, давность не помогает исключить вероятность наличия обременений в отношении данного имущества (например, сервитута, залога и т.п.). С этими же проблемами сталкиваются и потенциальные залогодержатели-кредиторы, которым предлагается принять то или иное имущество в залог.

Такая тщательная проверка титула потенциального контрагента и цепочки сделок, которые привели к появлению титула у него, а также отсутствия обременений (именуемая *due diligence*) — занятие крайне затратное и непростое, требующее непременно привлечения специалистов в сфере права недвижимости и не гарантирующее непременно уверенного ответа на вопрос о том, действительно ли потенциальный контрагент является правообладателем. Необходимость такой проверки повышает трансакционные издержки, усложняет, тормозит оборот и, более того, не исключает все риски. Чем менее явным является титул на имущество, тем меньшую цену покупатель будет готов заплатить за нее, так как цена отражает потенциальные риски покупателя. Чем сложнее установить наличие действительного титула на имущество (например, путем изучения цепочек передач титулов по различным сделкам), тем выше риск того, что залогодатель окажется несобственником предмета залога, и, соответственно, тем выше будет ставка кредита (кредитная ставка, помимо прочего, является также и отражением риска невозврата кредита, который несет банк).

Иначе говоря, такие издержки и риски приходится закладывать в цену, которую покупатель готов платить за имущество, и процентную ставку, по которой кредиторы готовы предоставлять кредит под залог: стоимость имущества при отчуждении становится ниже, а процентная ставка выше.

Защиту разумного доверия третьих лиц пытается обеспечить принцип защиты добросовестного возмездного приобретателя (ст. 302 ГК РФ). Если тот полагается на видимость управомоченности отчуждателя, основанную на наличии у последнего владения вещи, он может приобре-

сти право собственности или право залога. Но данный принцип плохо справляется с задачей в случае с недвижимостью (например, земельными участками), в отношении которой установление владения — вопрос крайне затруднительный, а также с нематериальными объектами (акциями, долями в ООО, исключительными правами и т.п.).

В этих условиях многие правовые порядки рано или поздно начинали вводить систему государственной регистрации тех или иных особо важных прав на имущество. Выбор тех видов имущества, в отношении которых вводится регистрационная система, является вопросом политики права. Обычно страны вводят такую систему в отношении прав на недвижимость, но сейчас в связи с развитием информационных технологий, упрощением и ускорением обмена информацией тенденция состоит в расширении сферы применения регистрационной системы.

Наличие системы регистрации прав на имущество если не полностью устраняет необходимость исследования предшествующих цепочек передач титулов, то как минимум делает эту процедуру менее принципиальной; наличие записи создает в той или иной степени опровержимую или в ряде стран вовсе неопровержимую презумпцию того, что правовая реальность соответствует содержанию записи в реестре (сложность опровержения такой презумпции зависит от деталей действующей в соответствующей стране системы регистрации). Таким образом, у участников оборота снижается потребность в том, чтобы прибегать к дорогостоящим услугам юристов для проведения *due diligence*. Это снижает транзакционные издержки на совершение сделок, делает оборот соответствующих благ относительно быстрым и безопасным, повышает стоимость регистрируемых активов и понижает процентные ставки по залоговым кредитам и займам.

Таким образом, строго говоря, реестр создается в первую очередь ради блага общества (неограниченного круга третьих лиц — потенциальных покупателей, залогодержателей, арендаторов, кредиторов в деле о банкротстве собственника имущества и пр.), а не ради блага собственников. Последние, кажется, могут быть даже не рады тому, что их права станут гласными и доступными всем третьим лицам. Однако собственники неизбежно оценят достоинства регистрации в тот момент, когда они пожелают продать или — особенно — заложить принадлежащее им имущество в обеспечение банковского кредита.

Любопытно, что бурный всплеск развития регистрационных систем в сфере регистрации прав на различные виды имущества пришелся на период промышленной революции. Капиталистический подход, предполагающий постоянное развитие промышленности и торговли за счет кредита, требовал, чтобы главные имущественные активы — по-



земельная собственность и доли в компаниях — вовлекались в оборот как способ обеспечения долговых обязательств. Дефолты по обеспеченным долгам, обращение взыскания на имущество, в первую очередь недвижимое, продажа его с торгов способствовали развитию рынка недвижимости. Тем самым динамичный капитализм, «раскрутивший» оборот недвижимости, совершенно вытеснил феодальные представления о «статичной» поземельной собственности — родовой, неотчуждаемой и лишь передаваемой по наследству от отца к старшему сыну, а потому неделимой. Строго говоря, именно отмирание феодального уклада, утрата социальной функции земельной собственности (в феодализме владение землей наделяет ее обладателя социальным статусом феодала, позволяющим выстраивать нисходящие феодальные лестницы из подчиненных землепользователей-вассалов) и такое явление, как «мобилизация иммобилярной собственности», — вот социально-экономические причины возникновения регистрационных систем в сфере оборота недвижимости.

Вторая цель введения регистрационной системы в отношении отдельных видов имущества — защитная. Давно доказано, что рыночная экономика не может нормально функционировать без четкого разграничения прав собственности на активы. И вопрос здесь не только в упрощении оборота, которое возникает в случае четкого и транспарентного закрепления таких прав за участниками оборота, но и в том, что признание прав защищает правообладателей от посягательств третьих лиц, создает гарантии от отобрания актива более сильными согражданами, а такие гарантии создают уверенность в своих правах, позволяют более спокойно решаться на инвестирование средств в улучшение данного имущества, планировать более разумное его использование с учетом долгосрочного расчета (а не хищнически эксплуатировать здесь и сейчас из-за неуверенности в том, что завтра данное имущество останется в твоём владении). Например, многие исследования показали, что качество частного жилого фонда во многом зависит от того, существует ли в стране система регистрации прав на недвижимость. Если титул собственника хрупок и опирается на какие-то документы, которые могут быть легко утрачены, и фактическое владение, которое может быть потеряно и в принципе не может быть эффективно обеспечено во всех случаях (например, владение земельными участками), уверенности в защищенности своих прав немного, и возникает сомнение в том, что инвестиции в обновление и улучшение актива не пойдут прахом в момент, когда кто-то начнет оспаривать твою собственность. Также важный аспект — вопрос наследования: в момент смерти наследодателя и владение, и соответствующая доку-

ментация могут быть утрачены, и тогда наследникам определить состав имущества наследодателя становится затруднительно.

Система регистрации в этом плане создает куда большие гарантии признания прав собственности. То же в еще большей степени касается и прав на такие виды имущества, как бездокументарные ценные бумаги, доли в ООО и исключительные права. Регистрация укрепляет уверенность собственника и снижает вероятность прямых посягательств на частные права.

Важная функция регистрационной системы, которая следует из двух вышеуказанных задач, — компенсационная. Она заключается в том, чтобы организовать такую систему возмещения имущественных потерь, понесенных участниками оборота в связи с функционированием системы регистрации прав на имущество, которая бы быстро, эффективно и полно возмещала убытки лиц, доверившихся реестру, либо правообладателей, пострадавших от действий регистратора. Реализация компенсационной функции реестра возможна разными способами: путем введения положений об ответственности регистратора за виновные действия, путем установления принципа *indemnity* (возмещения потерь) в отношении зарегистрированных титулов, путем установления положения об обязательности нотариального удостоверения сделок с соответствующим имуществом.

Регистрационная система может быть а) добровольной или б) обязательной. Подчинение регистрационной системе соответствующей недвижимости может быть частным делом частных же лиц, которые могут принять решение о регистрации своих прав в реестре для того, чтобы сделать их более привлекательными для оборота; именно такова знаменитая австралийская система регистрации прав на недвижимость, именуемая системой Торренса, и именно такова сейчас система регистрации прав на программы для ЭВМ и базы данных в России (п. 1 ст. 1262 ГК РФ). Добровольный характер регистрационной системы целесообразен тогда, когда она устроена таким образом, что одновременно с характерными для регистрации гарантиями и возможностями может создавать для собственника более или менее серьезные риски лишиться собственности путем неправомерных изменений записей реестра. И опять же это свойственно именно системе Торренса: она фактически беспощадна к собственникам, защищая добросовестных приобретателей имущества, которое по подложным основаниям было зарегистрировано за иным лицом, совершившим впоследствии сделку с добросовестным приобретателем. Разумеется, собственник впоследствии может получить соответствующую компенсацию от регистратора, но недвижимости он во всяком случае

лишится. В добровольном характере подчинения этой системе есть определенная логика: собственник недвижимости приобретает благо — повышение ликвидности и стоимости своего имущества, но расплачивается за это тем, что принимает на себя риск утраты своего права в результате действия эффектов регистрационной системы. Такое решение — о подчинении регистрационной системе — должно приниматься собственником добровольно и осознанно. Именно в этом проявляется максимальное уважение законодателя к частной воле и частному интересу.

Обязательная регистрационная система, предполагающая, что права на имущество подлежат обязательной регистрации, более распространена. Она, несомненно, предполагает довольно интенсивное воздействие правопорядка на автономию воли частных лиц. Обязательность регистрации объясняется тем общим благом, которое порождает регистрационная система в сфере недвижимости в отношении всех членов общества. В большинстве случаев действующие в Российской Федерации системы государственной регистрации прав носят обязательный характер.

### **1.1. Сфера применения**

Основное назначение ст. 8.1 ГК РФ — создание общего свода базовых правил, регулирующих принципиальные вопросы государственной регистрации прав на имущество.

Следует обратить внимание на то, что ни в названии статьи, ни в ее тексте законодатель не ограничивает сферу применения этих норм только лишь государственной регистрацией прав на *недвижимое имущество*. Напротив, целью законодателя было введение в ГК РФ правил, которые одинаково (настолько, насколько это возможно) урегулировали бы все случаи, когда определенные права в отношении тех или иных объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ) подлежат государственной регистрации<sup>1</sup>.

Таким образом, помимо государственной регистрации прав на недвижимые вещи сферой применения норм, сосредоточенных в комментируемой статье, являются также государственная регистрация прав на долю в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью и государственная регистрация тех исключительных прав, которые в ГК РФ обозначены как подлежащие регистрации (патенты, товарные знаки и т.п.).

---

<sup>1</sup> См. п. 2.1 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.).

Теоретически положения комментируемой статьи могли бы найти применение также и в сфере регистрации таких прав, как права на бездокументарные ценные бумаги (акции, облигации, инвестиционные паи паевых инвестиционных фондов и пр.), однако, несмотря на то что содержательно регистрация прав на долю в уставном капитале ООО мало чем отличается от регистрации прав на бездокументарную акцию, есть формальное препятствие для этого: регистрация прав на бездокументарные ценные бумаги не является *государственной*, а осуществляется частными лицами (регистраторами), являющимися профессиональными участниками рынка ценных бумаг. Тем не менее применение положений комментируемой статьи по аналогии (в той части, в которой эта частная регистрация не урегулирована специальными законами) вполне возможно.

В соответствии с позицией ВС РФ, положения комментируемой статьи охватывают государственную регистрацию прав не только на недвижимое имущество, но и на иные объекты гражданских прав, подлежащие государственной регистрации. При этом ВС РФ прямо указал на то, что ст. 8.1 ГК РФ распространяется, в частности, на регистрацию в ЕГРЮЛ прав на доли в уставном капитале ООО (см. п. 3 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Однако судебных дел, в которых обсуждалась бы возможность применения тех или иных конкретных положений комментируемой статьи к государственной регистрации прав на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, на момент написания настоящего комментария обнаружено не было.

Вопрос о распространении ст. 8.1 ГК РФ на регистрацию исключительных прав до сих пор в практике ВС РФ не прояснен, но, как представляется, есть все основания для вывода о признании системы государственной регистрации исключительных прав частным случаем государственной регистрации прав по смыслу ст. 8.1 ГК РФ.

К сожалению, некоторыми судами, вопреки ясному и недвусмысленному желанию законодателя, были выражены отрицательные мнения по вопросу о применении положений комментируемой статьи к регистрации исключительных прав. Так, например, Суд по интеллектуальным правам высказался в том смысле, что положения комментируемой статьи «...в целом... не применимы к отношениям в сфере государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации»<sup>1</sup>. Обоснование этого довода, по мнению

---

<sup>1</sup> Справка Суда по интеллектуальным правам «О соотношении статьи 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации с положениями раздела VII Гражданского кодекса

Суда, заключается в том, что в ст. 8.1 ГК РФ регулируется процедура государственной регистрации прав на имущество (Суд полагает, что в ст. 8.1 ГК РФ речь идет только о вещных правах на имущество), а в сфере интеллектуальной собственности государственной регистрации подлежат сами объекты исключительных прав.

Однако этот довод не является хоть сколько-нибудь убедительным. Сам по себе факт физического существования недвижимых вещей и идеальный характер объектов исключительных прав не является доводом против применения положений комментируемой статьи в сфере права интеллектуальной собственности. Это связано с тем, что и недвижимые вещи, и объекты исключительных прав описываются в реестре путем специальных приемов: недвижимость – через кадастровое описание, изобретения – путем описания существа изобретения, товарный знак – путем графического и текстуального описания знака и т.п. С этой точки зрения нет никакой сущностной разницы между регистрацией прав на вещи и на идеальные объекты. Суть регистрации прав на имущество раскрывается скорее словами «регистрация прав», а не «регистрация имущества». Кстати, легко заметить, что и вещное право на недвижимую вещь, и исключительное право являются по своей природе правами абсолютными, т.е. имеющими эффект против всех третьих лиц. Наконец, идеальный характер объекта права не помешал ВС РФ признать применимость ст. 8.1 ГК РФ к регистрации прав на долю в ООО.

Если какие-то технические и процедурные нюансы сложившейся ранее системы регистрации исключительных прав не соответствуют положениям ст. 8.1 ГК РФ и принципам государственной регистрации прав, это не повод искусственно выводить регистрацию исключительных прав из-под действия ст. 8.1 ГК РФ, а повод привести эти процедурные аспекты в соответствие с общими правилами ГК РФ. Правила, закрепленные в ст. 8.1 ГК РФ, в силу прямого указания в п. 10 данной статьи могут быть исключены или изменены в контексте специфики государственной регистрации того или иного вида имущества только на основании положений самого ГК РФ, а не каких-либо иных законов и тем более подзаконных нормативных правовых актов.

Впрочем, следует сказать, что первые признаки изменения судебной практики нижестоящих судов по вопросу о распространении норм ст. 8.1 ГК РФ на регистрацию исключительных прав стали

---

Российской Федерации «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации», утвержденная постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 22 августа 2014 г. [№ 21/10](#).

наблюдаться. Осталось только дождаться появления практики или однозначной правовой позиции ВС РФ.

Тем не менее пока на настоящий момент главной сферой для применения положений ст. 8.1 ГК РФ является государственная регистрация прав на недвижимое имущество.

Кроме того, следует также обратить внимание на то, что в ходе реформы корпоративного права ГК РФ изменениям подверглась ст. 51, регулирующая государственную регистрацию юридических лиц (Федеральный закон от 28 июня 2013 г. № 134-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части противодействия незаконным финансовым операциям»). Нормы, содержащиеся в этой статье и регулирующие принципиальные вопросы регистрации лиц и связанных с ними юридических фактов (а не прав на вещи), в ряде случаев близки положениям ст. 8.1 ГК РФ. Это касается, в частности, обязательности записи для возникновения правовых последствий (например, для возникновения юридического лица), открытости реестра, проверки предоставленной регистратору информации, публичности и достоверности записей реестра и т.д. Естественно, в отношении регистрации юридических лиц правила ст. 8.1 ГК РФ напрямую не применяются (юридические лица являются субъектами прав, а не имуществом — объектом), но можно сделать вывод о том, что в настоящее время в гражданском законодательстве складывается целый массив норм, который образует то, что можно условно обозначить как «регистрационное законодательство», т.е. нормы, устанавливающие основания и последствия внесения записей в реестр, последствия отсутствия правовых оснований для внесения записей, последствия доверия участников оборота к записям реестра, ответственность регистратора и пр.

### *1.2. Действие во времени*

Нормы ст. 8.1 введены в ГК РФ Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», с которого началась реформа ГК РФ и который вступил в силу с 1 марта 2013 г. Положения, введенные в ГК РФ этим Законом, отчасти уже учтены в специальном законодательстве о государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Однако также следует иметь в виду, что и до реформы в ст. 8 ГК РФ существовали положения (п. 2 этой статьи), которые содержательно были весьма близки к тому регулированию, которое в настоящее время представлено в п. 2 комментируемой статьи (в части, устанавливающей, что права, подлежащие государственной регистрации, возникают с момента государственной регистрации этих

прав). В связи с этим следует исходить из того, что законодатель при принятии норм, сосредоточенных в комментируемой статье, в некотором смысле всего лишь уточнил и развил прежнее правовое регулирование, но не изменил его.

Разумеется, процедурные правила (например, о внесении отметок в реестр) являются полноценными новеллами.

### ***1.3. Соотношение с государственной регистрацией сделок***

ГК РФ устанавливает, что в случаях, предусмотренных в законе, некоторые виды сделок подлежат государственной регистрации (ст. 164). Необходимо разобраться, как государственная регистрация сделок соотносится с государственной регистрацией прав, которая регулируется комментируемой статьей.

Общий вывод таков: регистрация прав, осуществляемая в соответствии со ст. 8.1 ГК РФ, носит так называемый конститутивный характер, т.е. акт регистрации (в виде записи в реестре) порождает соответствующее право (при наличии достаточного правового основания). Если достаточные правовые основания для регистрации есть, но право еще не зарегистрировано, оно не возникает. Регистрация является необходимым элементом фактического состава, накопление которого влечет возникновение права, т.е. является в контексте российского правопорядка пусть и недостаточным, но необходимым условием для возникновения права. Регистрация же сделок по действующему российскому праву (п. 3 ст. 433 ГК РФ) носит деклараторный характер, т.е. сделка, подлежащая регистрации, для самих сторон сделки считается заключенной с момента выражения согласованной воли, направленной на ее совершение, а для третьих лиц сделка будет иметь значение (порождать правовые последствия) с момента ее государственной регистрации (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Например, отсутствие регистрации не мешает сторонам приобретать права и возлагать на себя обязанности по сделке, а суды обязаны такие споры рассматривать, но данная сделка одной из сторон не может быть противопоставлена третьим лицам, которые не знали и не должны были знать о ее совершении (например, арендатор по незарегистрированной долгосрочной аренде не сможет настоять на сохранении договора аренды при смене собственника, если новый собственник не знал и не должен был знать о наличии аренды).

Таким образом, государственная регистрация сделок введена законодателем (ст. 164 и п. 3 ст. 433 ГК РФ) для целей оглашения обязательственного результата сделки, придания этим правовым последствиям, порожденным договором, эффекта публичности. В этом случае центр

правовых усилий регистратора смещается с проверки содержания сделки (ее законности и пр.) на то, чтобы обеспечить доступность третьим лицам информации о факте совершения сделки и о ее условиях. Это делается с целью создать для третьих лиц презумпцию знания о факте совершения сделки и ее содержании (эффект публичности зарегистрированной сделки) и вменить правовые последствия зарегистрированной сделки всем третьим лицам, так как предполагается, что третьи лица действуют, зная о факте совершения зарегистрированной сделки и ее условиях.

В первоначальной редакции ГК РФ содержалось довольно много норм, введших государственную регистрацию сделок как с недвижимостью, так и с объектами интеллектуальной собственности (например, ст. 558, 560, 574, 584, 1232, 1234, 1235).

Однако в настоящее время в ходе реформы ГК РФ почти все нормы о государственной регистрации сделок были отменены, а центральное место как объект регистрации заняли переход прав на недвижимость либо результаты интеллектуальной деятельности или возникновение тех или иных обременений таких прав.

Так, например, в силу п. 5 ст. 3 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» и п. 1 ст. 339.1 ГК РФ с 1 июля 2014 г. регистрации подлежит не договор ипотеки, а обременение в виде залога недвижимости.

В случае с сервитутом регистрации также подлежит не соглашение об установлении сервитута, а само вытекающее из такого соглашения ограниченное вещное право (п. 1 ст. 131 ГК РФ).

В силу ст. 1232 ГК РФ при отчуждении подлежащего регистрации исключительного права на объект интеллектуальной собственности, а также при залоге такого права или предоставлении права использования такого объекта по лицензионному договору регистрации подлежит не договор (купли-продажи, залога, лицензионный и т.п.), а переход права, возникновение права залога или предоставление права использования.

Это связано с тем, что прежний подход – регистрация прав на указанные объекты (всегда) и сделок с ними (в некоторых, прямо установленных законом случаях) – основывался на смешении двух типов регистрационных систем: транскрипционно-инскрипционной (французской) регистрационной системы, предполагающей регистрацию (всех) сделок с недвижимостью, и системой поземельных книг (не-



мецкой регистрационной системой), в основе которой лежит идея регистрации прав на недвижимость.

Первая регистрационная система изначально была основана на по-субъектном принципе регистрации (когда информация о сделках располагается в разделах реестра, открываемых в алфавитном порядке на каждого покупателя, залогодержателя и пр.); вторая же регистрационная система имеет в своей основе пообъектную регистрацию, когда на каждый объект недвижимости заводится отдельная поземельная книга, в одном из разделов которой ведутся записи о собственности на соответствующую недвижимость и ее переходе.

В целом пообъектная система регистрации прав была признана разработчиками реформы ГК РФ более удобной для оборота, и поэтому с 1 марта 2013 г. (дата вступления в силу Федерального закона «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации») начались фактически процедура демонтажа правил о регистрации договоров и переход исключительно на систему регистрации прав на имущество.

Вновь вводимые правила о регистрации также учитывают это и предполагают регистрацию прав (перехода прав, возникновения обременений), но не сделок, на основе которых права возникают, переходят или обременяются (ср., например, новые правила о государственной регистрации найма жилых помещений (п. 2 ст. 674 ГК РФ) как обременения (но не договора!)).

Тем не менее в действующем законодательстве осталось несколько случаев, когда закон продолжает говорить о регистрации именно договора (долгосрочная аренда недвижимости, участие в долевом строительстве, а также уступка прав или перевод долга из двух указанных видов договоров). Следовательно, процесс отмирания института государственной регистрации сделки пока не завершен. И следы сосуществования двух регистрационных моделей в российском праве сохраняются. Именно поэтому регистрацию сделок следует отличать от многочисленных случаев, когда регистрации подлежат переход права на то или иное имущество либо возникновение обременения, и помнить об отмене многочисленных норм о государственной регистрации сделок с имуществом, права на которые также объявлены законодателем подлежащими государственной регистрации.

#### ***1.4. Объект регистрации***

Из п. 1 комментируемой статьи следует, что регистрации подлежат а) права, закрепляющие принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу, а также б) ограничения таких прав и обременения имущества.

В отношении категории «а» (права, закрепляющие принадлежность) следует указать, что речь идет прежде всего о праве собственности на недвижимое имущество, исключительном праве на регистрируемый результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации или праве участия в капитале ООО.

В отношении категории «б» следует в первую очередь говорить о таких обременениях, которые носят абсолютный характер: в случае с недвижимостью это в силу п. 1 ст. 131 ГК РФ прежде всего ипотеки, сервитуты и иные ограниченные вещные права (право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного пользования земельным участком). Данные обременения подлежат регистрации как обременения недвижимой вещи и признаются в Российской Федерации вещными правами. В случае с исключительными правами это прежде всего право залога в отношении такого права, чья абсолютность тоже не вызывает сомнений. В случае с долями в ООО это также залог доли. Такие права однозначно подчиняются принципу внесения. Например, применительно к залогу это прямо следует из п. 1 ст. 339.1 ГК РФ. Указанные случаи не вызывают особых сомнений.

Но в отношении других прав вопрос несколько сложнее. Закон требует регистрации передачи недвижимости в доверительное управление (п. 2 ст. 1017 ГК РФ), обременения права собственности на жилье на основании договора найма жилья (п. 2 ст. 674 ГК РФ), а также регистрации предоставления права использования регистрируемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (п. 2 ст. 1232 ГК РФ). Подчиняются ли эти правовые эффекты принципу внесения по ст. 8.1 ГК РФ или здесь действует принцип противопоставимости, который сейчас в силу п. 3 ст. 433 ГК РФ применяется к договорам аренды недвижимости?

Встает вопрос о том, в силу какого критерия мы относим те или иные производные права на регистрируемое имущество, отличные от права собственности, права на долю в ООО и исключительного права, к категории подчиняющихся принципу внесения.

Есть два подхода к решению этой проблемы.

Первый таков: если закон требует регистрации сделки, создающей соответствующее обременение или право, согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ работает принцип противопоставимости (аренда, например); если же он требует регистрации перехода права, возникновения того или иного права или обременения, но не требует регистрации сделки, порождающей этот правовой эффект, то работает принцип внесения по ст. 8.1

ГК РФ. При таком подходе передача в доверительное управление недвижимости (п. 2 ст. 1017 ГК РФ) и передача права собственности на недвижимость под выплату ренты, которая согласно п. 1 ст. 586 ГК РФ обременяет соответствующую недвижимость с возникновением правила следования рентных обязательств за правом собственности на недвижимость, подчиняется принципу внесения. То же и в случае найма жилья, в рамках которого в силу п. 2 ст. 674 ГК РФ, в отличие от аренды, регистрируется не сделка, а обременение. То же, видимо, касается и предоставления права использования регистрируемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, в отношении которого в силу п. 2 ст. 1232 ГК РФ регистрируется само предоставление права использования, а не лицензионный договор (или договор франчайзинга).

Но здесь возникает очевидное нарушение системной логики: понять, почему аренда недвижимости должна подчиняться принципу противопоставимости, а наем жилья или предоставление права использования регистрируемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (своеобразный «побратим» аренды в контексте интеллектуальной собственности) — принципу внесения, нелегко. Более того, сохранение в российском праве нескольких случаев, когда закон требует регистрации сделок, порождающих право или обременение, а не возникновения права или обременения, скорее, представляет собой некий анахронизм. Как уже отмечалось в п. 1.3 комментария к настоящей статье, система регистрации сделок в Российской Федерации представляет собой, скорее, отмирающее явление: еще совсем недавно ГК РФ требовал регистрации множества договоров, но сейчас почти все эти нормы перестали применяться и вместо регистрации сделок предписано регистрировать переход права или возникновение обременения. Тот факт, что аренда регистрируется как сделка, а наем жилья или предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации регистрируются как обременения, — это по большей части случайность. Ведь в конечном итоге регистрация договора аренды предполагает внесение в ЕГРН записи об обременении недвижимости (п. 6 ст. 1 Закона о государственной регистрации недвижимости, п. 93 Приказа Минэкономразвития России от 16 декабря 2015 г. № 943, регулирующего порядок ведения ЕГРН).

Второй подход следующий: принципу внесения подчиняются только абсолютные права, противопоставимые по своей природе всем: вещные права на недвижимость (сервитут, ипотека и др.) и право залога доли в ООО и исключительного права. В рамках такой концепции

не только аренда недвижимости, но и наем жилья, не упомянутые в числе вещных прав в ГК РФ, а также право доверительного управления недвижимостью, обременение недвижимости обязательством по выплате ренты и предоставление права использования регистрируемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации подчиняются принципу противопоставимости, а не правилам ст. 8.1 ГК РФ. Соответственно, правоотношение между сторонами возникает с момента заключения договора, а регистрация является лишь одним из возможных способов оповестить третьих лиц о таком правоотношении, чтобы соответствующие права и обязанности могли быть им противопоставлены.

Проблема с таким подходом в том, что вопрос об абсолютности тех или иных прав спорен. Многие, казалось бы, обязательственные права часто обладают теми или иными абсолютными эффектами (например, арендатор может защищаться против третьих лиц вещными исками, и право арендатора следует за правом собственности на недвижимость, обязательство по выплате ренты следует за правом собственности на вещь, а лицензия также следует за судьбой исключительного права). На самом деле в науке абсолютный характер тех или иных прав часто выступает предметом спора, а абсолютность может оказываться вопросом степени. Например, есть ученые, которые разделяют позицию, согласно которой долгосрочная аренда недвижимости (и особенно «строительная аренда», выступающая в России сейчас аналогом вещного права застройки) представляет собой вещное право. Также принципиальные различия между правом использования исключительного права, подлежащим регистрации как обременение, и правом аренды недвижимости, регистрируемым посредством регистрации сделки, по критерию абсолютности несколько туманны.

Так что вопрос о том, в отношении каких прав, отличных от прав, закрепляющих принадлежность регистрируемого объекта гражданских прав (в отношении вещей — это право собственности, в отношении доли в ООО — корпоративное право, в отношении результатов интеллектуальной деятельности — исключительное право), а также отличных от классических ограниченных вещных прав, действует принцип внесения, крайне спорен. Здесь возникает множество коллизий. Так, например, в отношении предоставления права использования регистрируемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации ВС РФ, буквально толкуя нормы ГК РФ о возникновении права использования с момента регистрации (п. 1 ст. 1232 ГК РФ), продолжает настаивать на применении принципа внесения. Согласно абзацу седьмому п. 37 постановления Пленума

ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «[п]редоставление права по лицензионному договору считается состоявшимся также с момента государственной регистрации предоставления права», а до регистрации между сторонами могут возникнуть только «обязательственные отношения». Из этого, в частности, следует, что незарегистрированная лицензия не предоставляет право использования; соответственно, даже тогда, когда это не затрагивает третьих лиц, незарегистрированное предоставление лицензии в отношениях между сторонами не порождает правовых последствий и не может превратить использование, скажем, соответствующих патентов или товарных знаков в легальное. Такое решение, отличное от применяемого сейчас в аренде, нередко вызывает критику в юридическом сообществе.

Другой пример: согласно п. 2 ст. 1017 ГК РФ регистрации подлежит передача недвижимости в доверительное управление. Еще в Постановлении Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2001 г. № 2554/99 было закреплено, что сам договор доверительного управления не регистрируется, а регистрируется передача недвижимости в управление. Согласно правовой позиции из Постановления Президиума ВАС РФ от 8 октября 2013 г. № 5257/13 «[п]оследствием передачи недвижимого имущества по договору доверительного управления от учредителя управления к доверительному управляющему без государственной регистрации в нарушение статьи 1017 Кодекса является то, что стороны договора не могут противопоставлять его добросовестным третьим лицам, ссылаясь на него»; «[о]бязанность доверительного управляющего возвратить имущество во владение учредителю управления в предусмотренный договором срок сохраняется», но, так как договор не был зарегистрирован, у управляющего не было правомочия сдавать недвижимость в аренду третьим лицам, и, соответственно, использование третьим лицом (арендатором) данного имущества по договору с управляющим «неправомерно». Можно ли говорить, что в данном случае проявился принцип внесения или принцип непротивопоставимости? Как кажется, речь здесь идет, скорее, о принципе непротивопоставимости, но в несколько странном варианте: отношения между сторонами договора управления суд признает (обязанность вернуть недвижимость в согласованный срок признана), но запрещает управляющему сдавать недвижимость в аренду (получается, что суд не защищает третье лицо, не знающее о незарегистрированном доверительном управлении, от его правовых последствий, что обычно видят в эффекте непротивопоставимости по п. 3 ст. 433 ГК РФ, а, наоборот, карает третье лицо, положившееся на наличие незарегистрированного доверительного управления, о котором он знал). Так что здесь

российскому праву еще предстоит отыскать оптимальное и системное решение. В любом случае необходимо констатировать, что в настоящее время какого-то убедительного ответа на вопрос о том, почему права из некоторых сделок подчинены принципу внесения, а какие-то — принципу противопоставимости, у нас нет.

Также следует отметить, что в тексте нормы обе группы прав (права, закрепляющие принадлежность, а также обременения) объединены понятием «права на имущество», что является правильным: права, указанные в группе «а», обозначают наиболее полную власть лица над соответствующим объектом гражданских прав, а права из группы «б» — такие права, которые стесняют право, относящееся к группе «а». Тем не менее терминологически норма не вполне выдержана.

Во-первых, не все права, на которые распространяются положения комментируемой статьи, в действительности «закрепляют принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу». Это верно лишь в отношении недвижимых вещей. Корпоративные права участника общества с ограниченной ответственностью, подлежащие государственной регистрации, не закрепляют никакой принадлежности имущества лицу. Они сами по себе являются *имуществом*. Это следует из положений ст. 128 ГК РФ. Членство в корпорации выражается в наличии корпоративного права в отношении юридического лица; это право подлежит государственной регистрации и возникает с момента регистрации. Иными словами, в этом случае нет никакого имущества в строгом значении этого слова, которое следует из ст. 128 ГК РФ. Доля в капитале общества с ограниченной ответственностью является не более чем юридической фикцией, «символом» набора правомочий, которые имеются у участника этой корпорации (право на распределение прибыли, право на участие в управлении, право на ликвидационный остаток, право на информацию, право на оспаривание сделок корпорации и решений собраний органов корпорации, право на предъявление требования о возмещении убытков, причиненных менеджментом корпорации).

Ровно то же самое можно утверждать и в отношении исключительных прав, подлежащих государственной регистрации. Имуществом являются сами эти права (право на товарный знак, право на изобретение и пр.).

Таким образом, выражение комментируемой статьи о государственной регистрации прав, закрепляющих принадлежность имущества, следует понимать не в строгом смысле, устанавливаемом в ст. 128 ГК РФ, а просто через непосредственное указание законодателя на то, что то или иное право подлежит государственной регистрации.

Во-вторых, не вполне точным является и упоминание в группе «б» «ограничений и обременений прав». В традиции догматической юриспруденции обременениями именуется стеснения абсолютного права частными правами других лиц (например, ипотеками, сервитутами и пр.). Ограничениями же принято именовать такие стеснения абсолютных прав на имущество, которые образуются в результате действия норм публичного права (градостроительного, публичного земельного права и пр.). Однако такие стеснения абсолютных прав в действительности не подлежат (и не могут подлежать) государственной регистрации, так как они образуются не в результате волеизъявления государственных органов, т.е. лиц, облеченных публичной властью, а ввиду принятия вводящих те или иные ограничения нормативных актов. Нормативные акты подлежат обязательному опубликованию и вследствие этого все лица, подчиненные соответствующему правопорядку, должны считаться знающими о введенных ограничениях абсолютных прав на имущество.

Однако в действительности было бы не совсем верным утверждать, что система государственной регистрации *частных* прав на имущество и обременений этих прав вообще чужда информированию публики о наличии *публично-правовых* ограничений соответствующих прав.

В частности, подавляющее большинство систем государственной регистрации прав на недвижимое имущество, принятых в различных юрисдикциях (и в России в том числе), связывают государственную регистрацию прав на земельные участки с точным описанием последних в земельном кадастре. Это, в свою очередь, предоставляет возможность в комплексной форме доносить до публики информацию не только о частноправовых обременениях участка, но и о публично-правовых ограничениях права собственности на него в виде градостроительных ограничений, охранных зон, особенностей использования земельных участков, вытекающих из публично-правовых законодательных предписаний (национальные парки, природные заповедники и пр.).

Таким образом, в строгом смысле положения комментируемой статьи подлежат применению только к частноправовым обременениям, возникающим в отношении абсолютных прав, устанавливающих максимальное господство управомоченных субъектов над теми или иными благами.

Однако это не означает, что регистрационная система будет полностью игнорировать публично-правовые ограничения таких прав; более того, в некоторых случаях отсутствие информации в реестре о таких ограничениях будет иметь юридическое значение для третьих лиц, обращающихся к данным реестра.

### ***1.5. Государственный регистрирующий орган***

Комментируемая статья исходит из того, что правоустанавливающая регистрация прав на имущество осуществляется специальным государственным органом.

Однако гипотетически существует несколько возможных решений относительно того, на кого можно возложить обязанности по ведению реестра сделок с недвижимостью или прав на недвижимость.

Первое возможное решение — наделить этой функцией особый государственный орган, регистрационное ведомство. Это может быть как единое ведомство, имеющее офис в столице и не обладающее разветвленной сетью подразделений на территории страны, так и филиальная сеть регистрационных бюро, размещенных во всех более-менее крупных населенных пунктах страны. Преимущество второго подхода заключается в том, что это удобно для населения. Однако в этом случае имеется существенный риск попыток местных властей приобрести влияние на местных же чиновников регистрационного ведомства, что может повлечь негативные последствия с точки зрения независимости и беспристрастности регистраторов. Очевидно, что этого недостатка лишена первая модель; однако она возможна лишь в юрисдикции, чья территория относительно компактна и в которой хорошо функционирует почтовая связь. Кроме того, разумеется, современные компьютерные технологии, предполагающие возможность передачи волеизъявлений на расстоянии без личного присутствия заявителей, также, кажется, приводят к мысли о том, что современное регистрационное ведомство не нуждается в разветвленной сети филиалов. Государственные чиновники-регистраторы осуществляют проверку документов, представленных заявителями, и вносят записи в реестры. Теоретически такой чиновник должен обладать особым статусом, который как позволял бы защитить его от возможного влияния со стороны других заинтересованных государственных органов, так и подчеркивал бы особое значение совершаемых им регистрационных действий (внесения записей в реестр).

Из этой потребности вытекает второе возможное решение — передача функции по ведению реестров судам. Такой подход имеет достаточно давнюю и уходящую корнями в глубину веков традицию: в раннем Средневековье передача недвижимости осуществлялась посредством особой торжественной процедуры, проходившей перед судьей и представлявшей собой сымитированный сторонами сделки судебный процесс об истребовании вещи. С этой точки зрения вовлечение судей как свидетелей переходов права на недвижимость кажется продолжением этой традиции. В юрисдикциях, в которых внесение записи в реестры



осуществляется специальными судебскими чиновниками, этому действию придается качество повышенной достоверности не в последнюю очередь именно по причине особого – судебного – статуса лица, ведущего реестр.

Возможно и третье решение – приватизация функции ведения реестра недвижимости, т.е. передача ее частному лицу (например, выигравшему соответствующий конкурс, проведенный государством). Примеры такой приватизации традиционной государственной функции по ведению различных реестров лежат на поверхности: например, достаточно вспомнить, что практически во всех юрисдикциях функцию ведения реестра владельцев бездокументарных ценных бумаг осуществляют частные лица – регистраторы. Другой пример – ведение реестра залоговых уведомлений частными нотариусами (речь идет о нотариате латинского типа). Наконец, известны примеры, когда реестры юридических лиц ведут не государственные органы, а, например, торговые палаты. Разумеется, и здесь развитие компьютерных технологий во многом корректирует традиционные представления о ведении поземельных реестров. В первую очередь речь идет о системе распределенных реестров (блокчейн), которая позволяет создавать по сути, автономные реестры, содержащие достоверную информацию о правах на недвижимость, для администрирования которой либо вообще не нужен государственный орган, либо потребность в нем является минимальной.

Российскому праву известен как первый (регистратор – специальный чиновник), так и третий (регистратор – частное лицо) подходы. Первый используется при регистрации прав на недвижимое имущество (Росреестр, подчиненный Минэкономразвития России), прав на доли в капитале ООО (налоговый орган) и исключительных прав (Роспатент). Положения комментируемой статьи напрямую распространяются исключительно на государственную регистрацию прав, но они тем не менее могут избирательно применяться по аналогии и к регистрации, которая осуществляется частным лицом (регистратором ценных бумаг) (ст. 6 ГК РФ).

### ***1.6. Принципы регистрационного режима***

Как уже упоминалось выше, основной задачей комментируемой статьи было создание общего регистрационного режима для всех случаев государственной регистрации прав на имущество. Это возможно лишь в том случае, если принципы регистрации соответствующих прав будут одинаковы для всех ситуаций, подпадающих под действие комментируемой статьи. Традиционно считается, что регистрационная система основывается на шести основных положениях: 1) для того

чтобы право возникло, оно должно быть записано в реестр (*принцип внесения*); 2) реестр должен быть открыт публике (*принцип открытости*); 3) перед регистрацией регистрирующий орган должен проверить законность оснований для внесения записи (*принцип легалитета*); 4) участники оборота, доверившиеся реестру, должны получать юридическую защиту своего доверия (*принцип публичной достоверности реестра*); 5) записи реестра должны содержать пообъектное описание имущества, права на которое регистрируются (*принцип специалитета*); 6) записи, внесенные раньше, имеют приоритет перед записями, внесенными позднее (*принцип старшинства*).

В комментируемой статье описаны первые пять принципов, принцип старшинства ею не охватывается. Он может быть выведен из отдельных положений ГК РФ (например, ст. 342, 342.1, 398) и законодательства о государственной регистрации недвижимости. Кроме того, существует такой общепризнанный правовой принцип, как *prior tempore potior iure* (первый по времени сильнее по праву), из которого логически выводится принцип приоритета старших (т.е. ранее записанных) прав над младшими правами (см. Постановление КС РФ от 19 апреля 2018 г. № 16-П).

#### (а) Легалитет

Государственные реестры прав подчинены принципу легалитета, что означает, что записи в него вносятся на основе деятельности регистратора по проверке законности оснований вносимых прав (то, что в абзаце втором п. 1 комментируемой статьи именуется проверкой законности оснований регистрации). Основания регистрации — это юридические факты, которые являются основаниями возникновения гражданских прав (ст. 8 ГК РФ). Таким образом, проверка законности оснований регистрации — это проверка законности сделок, актов государственных органов, фактов создания имущества и пр.

(i) Теоретически возможно существование реестра, при ведении которого регистратор вообще не осуществляет какой-либо проверки документов-оснований. Однако, разумеется, публичное доверие к такому реестру, скорее всего, будет невысоким, так как публика не сможет в полной мере полагаться на то, что записанные права действительно существуют. Следовательно, участники оборота должны будут производить собственную проверку оснований зарегистрированных прав, что, в свою очередь, вызовет увеличение транзакционных издержек при совершении сделок с имуществом, права на которые подлежат регистрации. Надо заметить, что похожим образом устроены реестры владельцев бездокументарных ценных бумаг. Регистраторы ценных бумаг вообще не проверяют законность сделок, по которым передаются

бумаги, но контролируют действительность волеизъявления на отчуждение. Это отчасти снижает риски для приобретателей, так как при выбытии имущества от управомоченного лица по его воле (пусть и по порочной сделке) добросовестный приобретатель пользуется защитой от истребования. Впрочем, следует сказать, что учет фактора списания бездокументарных акций с соответствующего счета по воле или не по воле правообладателя не в полной мере отражен в ст. 149.3 ГК РФ (так что тут потребуется, видимо, применение по аналогии ст. 302 ГК РФ), а применительно к акциям, торгуемым на биржах, и облигациям п. 1 ст. 149.3 ГК РФ в принципе исключает возможность их истребования у добросовестного приобретателя.

(ii) Легалитет реестра бывает двух типов: 1) полный и 2) внешний. Полный легалитет означает, что регистратор обязан убедиться — с опорой не только на документы, но и на все иные доступные ему сведения и факты, — что записываемое в реестр лицо действительно является правообладателем. Внешний (формальный) легалитет означает, что регистратор проверяет законность основания для регистрации лишь по тем документам, которые ему были представлены либо которые имеются в его распоряжении в регистрационном деле. Естественно, внешний легалитет в принципе не способен породить эффект в виде бесспорного титула, он всегда оставляет лазейку для возможного оспаривания титула.

Существуют два приема, которые могут радикально упростить задачу регистратора при осуществлении проверки оснований для внесения записей в реестр, как минимум когда эта запись касается перехода права. Первый прием — введение обязательной нотариальной формы сделки с недвижимостью или иным регистрируемым имуществом. В этом случае нотариальная форма сделки рассматривается как способ презюмировать ее законность и освободить регистратора от необходимости проверять ее. Регистратор лишь проверяет, отсутствуют ли аресты в отношении этого имущества, а также является ли лицо, подавшее заявление о регистрации перехода права, собственником. В настоящее время именно таков подход российского законодателя в отношении нотариально удостоверенных сделок с недвижимостью (ст. 59 Закона о государственной регистрации недвижимости) и сделок с долями в уставных капиталах обществ с ограниченной ответственностью (п. 16 ст. 21 Закона об ООО, ст. 23 Закона о регистрации юридических лиц). В связи с тем, что проверку соответствующих сделок уже осуществил нотариус, регистрирующий орган, не вдаваясь в изучение содержания сделки, вносит соответствующие записи в государственные реестры, ограничиваясь лишь формальной провер-

кой представленных документов на предмет их соответствия закону (представлены ли необходимые документы, уплачена ли пошлина, отсутствуют ли судебные запрещения совершать регистрационные действия и пр.).

Другой способ упростить процедуры проверки оснований для регистрации перехода права – это исключить необходимость представлять регистратору обязательственную сделку, во исполнение которой передается либо устанавливается титул на недвижимость, обязав участников оборота направлять регистратору лишь волеизъявления о передаче либо об установлении титула (т.е. фактически лишь заявления о внесении записей в реестр). Исключение возможности регистратора знакомиться с содержанием обязательственных сделок снижает объем юридической экспертизы, которую тот должен проводить, уменьшает возможные расхождения во взглядах регистраторов и сторон сделок по поводу законности тех или иных договоренностей, содержащихся в сделках, а также ускоряет производство в регистрационном ведомстве. В настоящее время именно таким образом организована государственная регистрация перехода исключительных прав (см., например, Постановление Правительства РФ от 24 декабря 2015 г. № 1416 «О государственной регистрации распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных по договору и перехода исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности без договора»). Кроме того, из абзаца третьего п. 11 ст. 21 Закона об ООО при правильной его интерпретации (к сожалению, пока однозначно не проясненной на уровне практики высших судов) следует, что нотариус удостоверяет именно распорядительное волеизъявление, направленное на передачу доли в капитале ООО, а регистратор впоследствии видит только эту нотариально удостоверенную сделку. Все же обязательственные договоренности сторон остаются за пределами внимания нотариуса и регистратора и остаются частным делом сторон.

#### *(б) Открытость*

Открытость (в терминологии комментируемой статьи – публичность) реестра является принципиальной для любой регистрационной системы, так как она выражает само существо идеи регистрации прав на недвижимость как блага для всего общества. Закрытый для публики реестр – бессмысленная трата денег налогоплательщиков.

Открытость реестра может быть двух типов: (i) реестр открыт для любых лиц и (ii) реестр открыт только для лиц, которые докажут нали-

чие у них правомерного интереса в получении информации из реестра. Однако даже те юрисдикции, которые придерживаются второго подхода, исходят из того, что доказывание наличия правомерного интереса осуществляется путем указания на мотив получения информации (желание проверить титул продавца перед сделкой и т.п.). В настоящее время все государственные реестры прав являются полностью открытыми, демонстрация правомерного интереса для изучения данных реестров не требуется. Иногда звучат голоса в пользу ограничения доступа третьих лиц к публичным реестрам, судя по всему, инспирированные желанием коррумпированных чиновников ограничить возможности независимых расследований в отношении необъяснимого недвижимого богатства таких чиновников и аффилированных с ними лиц, но пока, к счастью, эти порочные идеи в полной мере не реализованы. Вместо этого иногда используется незаконная практика закрытия сотрудниками Росреестра данных о конкретных привилегированных правообладателях либо искажения их имен.

Существуют два возможных способа поиска информации в реестре – по объекту и по субъекту. В сфере государственной регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 62 Закона о государственной регистрации недвижимости) существует четкое разделение реализации принципа открытости реестра в двух указанных ситуациях. Если информация о правах на конкретный объект недвижимости предоставляется любому лицу, то информация о принадлежности конкретному лицу недвижимого имущества предоставляется только определенной группе заявителей (нотариусам, правоохранительным органам, арбитражным управляющим и некоторым другим лицам, действующим в публичных интересах).

Сведения из реестра прав на недвижимость предоставляются в виде выписки, в которой содержится информация той или иной степени полноты о субъектах права на недвижимость и о содержании этого права. В идеале регистрационная система должна стремиться к тому, чтобы выписка была как можно более информативной, т.е., в частности, в ней не просто содержалось бы указание на то, что недвижимая вещь обременена залогом, а назывались бы условия залогового обременения, а также условия обеспеченного долга.

В настоящее время действующее законодательство о государственной регистрации прав на отдельные виды имущества, к сожалению, этому стандарту не соответствует. Так, выписка из ЕГРН содержит довольно ограниченный объем информации: в частности, в ней не раскрывается содержание обременений, установленных в отношении соответствующей недвижимости.

Это означает, что заинтересованное лицо (например, покупатель недвижимой вещи) не сможет довольствоваться теми сведениями, которые представлены в выписке, и будет вынужден, зная о наличии факта обременения или некоей ранее совершенной сделки (например, аренды, доверительного управления и т.п.), обращаться за получением информации о содержании обременения или такой сделки к текущему собственнику (причем нет никаких гарантий, что тот предоставит ему достоверную информацию о них), к лицу, в чью пользу установлено обременение, например залогодержателю (здесь проблемой может стать то, что он либо не сможет, либо не пожелает эту информацию раскрыть), либо, получив доверенность от собственника, обратиться самостоятельно к регистрирующему органу от имени собственника и получить доступ ко всему регистрационному делу. Последний путь хотя и представляется наиболее затратным (с точки зрения времени), но он наилучшим образом защищает лицо, заинтересованное в получении достоверной и полной информации из государственного реестра недвижимости.

*(в) Достоверность*

Из трех указанных выше начал регистрационного режима (принципы внесения, открытости и законности) со всей неизбежностью вытекает принцип, именуемый публичной достоверностью реестра.

Принцип публичной достоверности означает, что для любого добросовестного лица, положившегося на реестр, его данные считаются достоверными, т.е. отражающими действительную принадлежность прав на имущество. Эффект же действия этого принципа состоит в том, что записи о правах лица, добросовестно доверившегося реестру, сохраняют свою силу в неизменном виде (за некоторым исключением), даже если выяснится, что он вступил в отношения с лицом, которое в действительности не является действительным обладателем прав на соответствующее имущество.

Законодатель уделяет особое внимание принципу публичной достоверности реестра в п. 6 комментируемой статьи. Подробные пояснения относительно публичной достоверности реестра см. в соответствующем комментарии к этому пункту.

*(г) Специалитет*

Специалитет реестра означает, что реестр ведется на основании так называемого пообъектного принципа. Это верно для всех реестров прав: и недвижимого имущества, и результатов интеллектуальной деятельности, и юридических лиц (в части регистрации прав на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью; в последнем случае также можно увидеть объектный принцип).

В сфере права недвижимости принцип специалитета разработан наиболее глубоко. Он означает, что структурной единицей реестра является описание конкретной недвижимой вещи, именуемое разделом реестра. Строго говоря, реестр недвижимости состоит из разделов, каждый из которых соответствует конкретной недвижимой вещи; можно выразить эту мысль и иначе: сколько в ЕГРН разделов, столько в Российской Федерации недвижимых вещей (для большей точности этой мысли к числу разделов ЕГРН следует добавить также количество недвижимых вещей (зданий, сооружений, земельных участков), возникших до 30 января 1998 г. (т.е. до введения в Российской Федерации регистрационной системы в сфере оборота недвижимости)).

Общее правило специалитета таково: объект недвижимости в том виде, в каком он описан в реестре, должен соответствовать тому виду, в каком он существует в действительности. Иными словами, если раздел реестра открыт в отношении двухэтажного здания площадью 500 кв. м, но собственник надстроил третий этаж, и здание увеличилось до 750 кв. м, то эти изменения должны быть отражены в реестре путем внесения изменений в описание объекта недвижимости. В противном случае при совершении сделки с таким объектом у сторон возникнет серьезная дилемма: в случае если воля сторон будет выражена на отчуждение здания в том виде, как оно существует в действительности (т.е. три этажа и 750 кв. м), регистратор откажет в регистрации перехода права в связи с тем, что такого раздела в реестре не существует. Если в сделке будет выражена воля на отчуждение здания в том виде, как оно описано в реестре (два этажа и 500 кв. м), то это будет расходиться с действительной волей сторон и действительным положением дел. Особенно остро проблема совпадения описаний искусственных объектов недвижимости (зданий, сооружений, помещений, объектов незавершенного строительства) в реестре с их действительным состоянием возникает при принудительном отчуждении этих объектов, когда обоюдное желание сторон совершить сделку может перевесить значение описанной выше формальности.

Однако в некоторых случаях специалитет реестра означает, что объект недвижимости будет существовать только в том виде, как он описан в реестре. Это касается идеальных объектов (т.е. объектов, существование которых предопределено человеческим разумом, а не физическими характеристиками), таких как, например, земельные участки. Земельный участок существует лишь в тех границах, в каких он описан в реестре недвижимости. Физическое изменение земельного участка (в отличие от здания, сооружения, помещений или объекта незавершенного строительства) невозможно. Для того чтобы участок

изменился, необходимо провести соответствующие кадастровые работы и внести их результат в реестр.

Необходимо также иметь в виду, что открытие раздела реестра недвижимости не означает, что объект, на который открыт раздел, тем самым приобретает неопровержимый правовой режим недвижимой вещи. Существует устойчивая судебная практика, суть которой сводится к следующему: заинтересованное лицо при помощи сложной системы тестов (наличие или отсутствие прочной связи с землей, наличие или отсутствие собственного назначения объекта в обороте, отличного от назначения земельного участка) вправе доказывать, что раздел реестра недвижимости был открыт в отношении объекта, который недвижимой вещью не является и либо представляет собой движимую вещь, либо является составной частью земельного участка, а потому на него в принципе не может распространяться правовой режим вещи (постановления Президиума ВАС РФ от 12 октября 1999 г. № 2061/99, от 26 января 2010 г. № 11052/09, от 24 января 2012 г. № 12576/11, от 17 января 2012 г. № 4777/08, от 4 сентября 2012 г. № 3809/12, от 28 мая 2013 г. № 17085/12, от 24 сентября 2013 г. № 1160/13; определения СКЭС и СКГД ВС РФ от 30 сентября 2015 г. № 303-ЭС15-5520, от 22 декабря 2015 г. № 304-ЭС15-11476, от 7 апреля 2016 г. № 308-ЭС15-15218, от 20 февраля 2016 г. № 310-ЭС15-16638, от 10 июня 2016 г. № 304-КГ16-761, от 25 августа 2015 г. № 18-КГ15-222). Важный для практики вывод, который следует сделать из этих правовых позиций, заключается в следующем: сам по себе тот факт, что в отношении некоторого объекта был открыт раздел реестра недвижимости, непременно не означает, что он действительно является недвижимой вещью, — это опровержимая презумпция. Таким образом, в части квалификации объекта реестр не обладает свойством публичной достоверности, и поэтому апелляции к добросовестному заблуждению относительно правового режима объекта со стороны его, например, приобретателя не будут иметь какого-либо результата.

## **2. Принцип обязательности внесения записи для целей возникновения права (принцип внесения)**

Принцип внесения является важнейшим для понимания того, как работает регистрационная система. Игнорирование его приводит к сбою в представлениях об устройстве регистрационных режимов, ошибкам в формулировании исковых требований, неверным юридическим решениям и, как следствие, к правовой неопределенности. К сожалению, сам по себе тот факт, что за всю многовековую историю отечественного права в России до 1998 г. отсутствовали правоустанав-



ливающие реестры, делает непростым уяснение и принятие юристами принципа внесения, хотя с содержательной точки зрения он не представляет каких-либо сложностей.

Следует иметь в виду, что принцип внесения в отношении недвижимости действует только в отношении прав, которые возникли после 30 января 1998 г. (дата введения в действия законодательства о государственной регистрации прав на недвижимое имущество). Ранее возникшие права признаются существующими и в отсутствие их регистрации в реестре (ст. 6 ранее действовавшего Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, ст. 69 Закона о государственной регистрации недвижимости). Однако для распоряжения этими правами или для установления обременений правообладатель должен внести свое право в реестр (п. 3 ст. 69 Закона о государственной регистрации недвижимости). Регистрация ранее возникших прав является правоподтверждающей, т.е. она лишь подтверждает уже существующее право, а не заново порождает его.

### **2.1. Общее правило**

Принцип внесения означает, что права, объявленные законодателем подлежащими государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента регистрации. Соответствующее правило содержится в п. 2 комментируемой статьи. Эта норма ставит точку в давнем споре о том, каков характер государственной регистрации прав – правоподтверждающий (деклараторный) или порождающий (конститутивный), или, иными словами, запись в реестре лишь подтверждает и делает противопоставимым третьим лицам возникшее ранее из сделки или иного основания право (например, собственность), а также его изменение или прекращение, или же запись является необходимым условием для возникновения, изменения или прекращения регистрируемого права?

ГК РФ четко и недвусмысленно встал на точку зрения, в соответствии с которой государственная регистрация является не просто доказательством существования ранее возникшего права (изменения или прекращения права), а юридическим фактом, без которого накопление правовых оснований для возникновения, изменения или прекращения права само по себе соответствующий правовой эффект не произведет: только добавление к этим правовым основаниям факта регистрации порождает право.

В одном из своих постановлений КС РФ (от 10 ноября 2016 г. № 23-П) эффект действия принципа внесения описал следующим образом: государственная регистрация права завершает юридический состав, влекущий возникновение права собственности на недвижи-

мость. Иными словами, принцип внесения может быть охарактеризован очень простой формулой: нет регистрации — нет права. Однако важно помнить, что сама по себе регистрация право породить не может, так как в соответствии со ст. 218 ГК РФ права приобретаются по правовым основаниям (например, в силу приобретения по сделке, создания объекта недвижимости и введения его в эксплуатацию, формирования земельного участка), но при обязательном условии регистрации приобретаемого права в реестре. Этот же подход был впоследствии дословно воспроизведен (впрочем, без ссылки на постановление КС РФ) в Определении СКГД ВС РФ от 30 июля 2019 г. № 4-КГ19-28.

Проиллюстрируем эту мысль рядом примеров. Так, покупатель, оплативший и даже получивший во владение недвижимость по договору купли-продажи недвижимого имущества, не является ее собственником (и потому ему не доступен иск о признании права собственности, он может обращаться к покупателю с иском о государственной регистрации перехода права, т.е. с иском о понуждении к исполнению в натуре обязательства передать право собственности) до момента государственной регистрации перехода права собственности на основании судебного акта о государственной регистрации перехода права (ст. 551 ГК РФ). Равным образом лицо, заключившее договор купли-продажи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, до момента государственной регистрации перехода права на долю в ЕГРЮЛ не является участником общества (п. 12 ст. 21 Закона об ООО).

Другой пример. Инвестор, оплативший инвестиционный взнос по инвестиционному контракту (по существу представляющий собой плату по договору купли-продажи будущей недвижимой вещи), не является собственником (или вместе с другими инвесторами сособственником) строящегося объекта, и поэтому также не может предъявлять иски о признании права собственности на недостроенный объект. Право собственности на приобретаемый им по договору объект недвижимости возникнет только после государственной регистрации права в реестре.

Принцип внесения имеет значение не только для производного приобретения прав, но и для первоначального приобретения прав на имущество. Например, застройщик, возведший здание и даже получивший разрешение на его эксплуатацию на принадлежащем ему земельном участке, также не является собственником здания. Оно станет принадлежать ему на праве собственности только с момента государственной регистрации данного права (ст. 219 ГК РФ); предъявленный до этого момента иск о признании права собственности на здание удовлетворению не подлежит. До указанного момента здание

является составной частью земельного участка (если он принадлежит застройщику на праве собственности (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153)) либо составной частью права строительной аренды (которая хотя и является обязательственной сделкой, выполняет сегодня в России функции отсутствующего пока вещного права застройки). Таким образом, осуществляя государственную регистрацию прав на возведенное здание или сооружение, застройщик осуществляет как бы «горизонтальное разделение» одной недвижимой вещи — земельного участка — на две вещи (земельный участок и здание (сооружение) на нем становятся самостоятельными недвижимыми вещами).

Упомянутое в комментируемом пункте применение принципа внесения в отношении изменения содержания зарегистрированного права релевантно в основном в контексте ограниченных вещных прав на недвижимость (сервитут, ипотека), прав из лицензионных договоров об использовании исключительного права (если к такому праву вообще применять принцип внесения) и договора залога таких прав, а также прав залога доли в ООО. Содержание таких прав определяется в договоре между соответствующими сторонами и может меняться в силу соглашения об изменении такого договора. Соответственно, изменение содержания зарегистрированного права также требует регистрации и не может вступить в силу ранее такой регистрации.

Что же касается права собственности на недвижимость или исключительного права, то его содержание определяется законом, поэтому изменение содержания такого права возможно также законом — принцип внесения в отношении данных изменений не действует.

В отношении же доли в ООО содержание прав на долю предопределяется не только законом, но и уставом общества. Принцип внесения, естественно, не касается внесения изменения в объем корпоративных прав законом, но изменение содержания прав участника ООО на уровне правок в устав общества происходит для третьих лиц — с момента регистрации изменений в устав, а для самих участников корпорации — с момента их принятия (п. 6 ст. 52 ГК РФ). Спорный вопрос касается изменения корпоративных прав на уровне корпоративного договора, поскольку такие изменения не регистрируются. По сути, здесь из ГК РФ следует исключение из принципа внесения изменений в содержание регистрируемого права.

Что же касается прекращения регистрируемых прав, то согласно комментируемой норме и здесь работает принцип внесения. Право существует, пока существует и не погашена запись о праве. Это правило, естественно, знает некоторое число исключений (напри-

мер, гибель объекта недвижимости прекращает право собственности на него, независимо от того, что указано в реестре), но общее правило вполне понятно. Если, например, стороны расторгают договор ипотеки или сервитута до момента внесения записи о погашении таких прав в ЕГРН, эти права существуют (Определение СКЭС ВС РФ от 23 июня 2017 г. № 305-ЭС17-3021).

## **2.2. Исключения из принципа внесения**

Однако законодатель, устанавливая принцип внесения, при этом предусматривает, что его действие не является абсолютным, законом могут быть предусмотрены случаи, когда права на имущество могут возникать, изменяться или прекращаться и в отсутствие записей реестра. Эти случаи именуется исключениями из принципа внесения. К их числу относятся следующие ситуации<sup>1</sup>.

### *(а) Универсальное правопреемство при наследовании*

Так, в соответствии с п. 4 ст. 1152 ГК РФ «[п]ринятое наследство признается принадлежащим наследнику со дня открытия наследства независимо от времени его фактического принятия, а также независимо от момента государственной регистрации права наследника на наследственное имущество, когда такое право подлежит государственной регистрации». Несмотря на терминологическую осторожность ГК РФ (в норме не указывается, на каком праве наследство признается принадлежащим наследнику, но поскольку наследник является универсальным преемником наследодателя, то и возникающее у наследника право на недвижимые вещи, составляющие наследство, не может быть не чем иным, как правом собственности), вывод из этой нормы вполне очевиден: право собственности на недвижимую вещь, полученную в порядке наследования, возникает вне связи с регистрацией права в реестре. Насколько такое исключение соответствует главной цели регистрационного режима — созданию системы достоверных данных о правах на недвижимость? Смерть прежнего правообладателя исключает возможность двойного распоряжения, так что расхождение «реестровой» реальности и действительной принадлежности права на недвижимое имущество не несет какого-либо вреда третьим

---

<sup>1</sup> Здесь мы хотим оговориться, что не претендуем на то, чтобы представить совершенно полный перечень исключений из принципа внесения. Вполне возможно существование и иных случаев, когда в соответствии с предписанием закона право на имущество будет считаться возникшим, изменившимся или прекратившимся не с момента внесения соответствующей записи в реестр. Собственно, задача практикующего юриста, применяющего положения ст. 8.1 ГК РФ, заключается в том, чтобы знать общее правило (принцип внесения), знать о возможности существования исключений из него и знать набор основных исключений из принципа внесения.

лицам. Тем не менее пользы от признания наследника собственником унаследованной недвижимости с момента открытия наследства (а не с момента выдачи свидетельства о праве на наследование или внесения записи о праве наследника в ЕГРН) существенно больше. Наследственное имущество не рассматривается как бесхозяйное (что было бы неизбежно при принятии иного подхода), следовательно, имеется лицо, которое с момента открытия наследства должно а) нести бремя по содержанию этого имущества и б) получить доходы и плоды от этого имущества. Правильность взгляда на наследование как на случай исключения из принципа внесения подтверждается правовой позицией ВС РФ и ВАС РФ, сформулированной в абзаце втором п. 11 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22. На практике признание наследника (пусть и ретроактивно) собственником недвижимого имущества с момента открытия наследства позволяет не только решить вопрос о судьбе плодов и доходов вещи, расходов на нее, но и предоставить наследнику, который принял наследство, но не получил свидетельство о праве на наследство и не внес запись о себе как о собственнике в ЕГРН, возможность защищать свое владение наследственным имуществом, как это обычно делает реестровый собственник, т.е. при помощи виндикационных и негаторных исков. Единственное ограничение, отличающее наследника — «внеерестрового» собственника от обычного, «реестрового», заключается в том, что до момента внесения записи в ЕГРН о праве собственности наследника на недвижимое имущество он не сможет передать свое право другому лицу по сделке. Однако в случае смерти наследника до оформления в ЕГРН его права на недвижимость оно войдет в состав его наследственной массы и перейдет к его наследникам в порядке универсального правопреемства.

*(б) Универсальное правопреемство юридических лиц*

Аналогичные рассуждения лежат и в основе такого исключения из принципа внесения, как переход права на имущество в порядке реорганизации (ст. 58 ГК РФ, см. также Постановление КС РФ от 3 июля 2018 г. № 28-П). Хотя в соответствующем разделе ГК РФ отсутствует норма, аналогичная п. 4 ст. 1152 ГК РФ, идея универсального правопреемства, которая лежит в основе наследования, в полной мере должна работать и при реорганизации юридического лица. Нельзя допустить, чтобы имущество юридического лица, подвергнутого реорганизации, хотя бы на «юридическую секунду» оставалось бесхозяйным. В связи с этим правильным было бы считать, что зарегистрированные права на имущество, принадлежащие реорганизованному юридическому лицу, переходят к его правопреемнику не с момента внесения

записи о переходе права в реестре, а с момента завершения соответствующей реорганизационной процедуры (т.е. с момента внесения записи о юридическом лице, созданном в процессе преобразования, слияния, разделения, либо записи о прекращении юридического лица в результате присоединения). При этом самый сложный вопрос возникает с такой формой реорганизации, как выделение. Специфика реорганизации в форме выделения заключается в том, что при выделении (в отличие от иных форм реорганизации) наряду с образованием нового субъекта права сохраняет свое существование юридическое лицо, подвергшееся реорганизации. Если исходить из того, что исключение из принципа внесения необходимо для того, чтобы предотвращать возникновение у имущества режима бесхозяйного, то при выделении этой проблемы нет вообще, ведь собственником до государственной регистрации перехода права может считаться то юридическое лицо, из которого выделилось другое юридическое лицо. Кроме того, придание случаю реорганизации в форме выделения характера исключения из принципа внесения неоправданно повышает риски для оборота. В реестре в качестве собственника имущества указано выделявшее юридическое лицо — в действительности таковым является выделившееся. Но, в отличие от иных ситуаций (наследование, другие формы реорганизации), здесь у реестрового собственника сохраняется внешняя видимость права, и он при этом является действующим субъектом частноправовых отношений. Каких-либо способов для участников оборота распознать, что лицо с момента завершения процедуры выделения более не является собственником имущества, переданного выделенному юридическому лицу, нет. Это, в свою очередь, может привести к тому, что третьи лица могут, ошибочно доверившись записи в реестре, вступить в отношения с таким лицом (заключить договор купли-продажи, ипотеки, аренды и пр.). Понятно, что впоследствии при рассмотрении требования выделившегося юридического лица об истребовании имущества могут быть применены положения о защите добросовестного приобретателя, но тем не менее все негативные последствия обсуждаемого решения перевешивают его достоинства и требования юридической чистоты конструкции универсального правопреемства.

Некоторое время назад правовая позиция высшей судебной инстанции по вопросу о том, имеет ли место при реорганизации в форме выделения исключение из принципа внесения, была довольно нечеткой. С одной стороны, в одном из разъяснений 2009 г., посвященном вопросам взимания земельного налога, ВАС РФ высказался следующим образом: «Поскольку при универсальном правопреемстве (реорганизация юридических лиц, за исключением выделения, а также насле-

дование) вещные права на земельные участки, упомянутые в пункте 1 статьи 388 НК РФ, переходят непосредственно в силу закона, правопреемники становятся плательщиками земельного налога независимо от регистрации перехода соответствующего права» (Постановление Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 54). С другой стороны, уже в 2010 г. в Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 высшие суды, рассуждая о том, что при реорганизации право на недвижимое имущество переходит в силу закона, не указали на то, что этот принцип не имеет места при реорганизации в форме выделения (ср. абзацы второй, третий и четвертый п. 11 Постановления № 10/22). И наконец, в деле, рассмотренном Президиумом ВАС РФ в порядке надзора, высшая судебная инстанция указала, что при реорганизации в форме выделения все же имеет место универсальное правопреемство (Постановление от 17 марта 2011 г. № 15762/10). Таким образом, по всей видимости, правовая позиция ВАС РФ относительно реорганизации в форме выделения все же сводится к тому, что при такой форме реорганизации имеет место универсальное правопреемство, и, следовательно, право собственности на недвижимое имущество, переданное выделенному юридическому лицу, переходит к нему с момента его государственной регистрации в ЕГРЮЛ. А это означает констатацию исключения из принципа внесения.

Понимание того, что при реорганизации право на недвижимое имущество переходит без внесения записей в ЕГРН, особенно важно в случае, если недвижимое имущество было несколько раз передано от реестрового собственника к правопреемникам (например, сначала ОАО «X» преобразовалось в ООО «X», а затем разделилось на ООО «Y» и ООО «Z», недвижимость была передана ООО «Z»). Практика органов по регистрации прав на недвижимое имущество всегда свидетельствовала о том, что при обращении последнего правопреемника с заявлением о регистрации прав на недвижимое имущество в государственной регистрации права отказывалось со ссылкой на то, что правопредшественник не обладал правом собственности на недвижимость, причем позиция судов при оспаривании таких отказов не была единообразной. Однако после того, как высшие суды высказались по вопросу о приобретении права собственности на недвижимое имущество при реорганизации юридического лица, острота проблемы должна снизиться.

*(в) Приобретение имущества членом потребительского кооператива*

Довольно экзотическое исключение из принципа внесения содержится в п. 4 ст. 218 ГК РФ: «Член жилищного, жилищно-строительного, дачного, гаражного или иного потребительского кооператива,

другие лица, имеющие право на паенакопления, полностью внесшие свой паевой взнос за квартиру, дачу, гараж, иное помещение, предоставленное этим лицам кооперативом, приобретают право собственности на указанное имущество». Сейчас невозможно точно установить, по какой причине разработчики ГК РФ ввели данное исключение из принципа внесения, но, кажется, у него есть ярко выраженная социальная тональность, связанная с желанием создать для пайщиков кооперативов, которые выплатили взносы в кооператив, режим максимальной правовой защищенности обладателя вещи – защищенности собственника. Если бы этого исключения не было, у членов кооперативов были бы только корпоративные права в отношении кооператива. Это вряд ли соответствует действительной цели вступления пайщика в кооператив – она заключается в том, чтобы приобрести вещь (квартиру, гараж, дачу и т.п.). Таким образом, исключение из принципа внесения в данном случае наделяет члена кооператива вещным правом в отношении имущества, подлежащего передаче ему кооперативом, что, разумеется, улучшает его правовое положение вследствие расширения возможностей правовой защиты.

*(г) Приобретательная давность*

Весьма сложный случай исключения из принципа внесения составляют законодательные предписания в отношении приобретательной давности. Приобретательная давность в сфере оборота прав, подлежащих обязательной регистрации в реестре, вообще имеет любопытную особенность. Например, очевидно, что при наличии в реестре записи о действительном собственнике добросовестное владение чужой недвижимостью исключается. Незаконный владелец всегда имеет возможность справиться о том, кто является собственником той недвижимости, которой он владеет. Поэтому возможно следующее значение приобретательной давности применительно к недвижимости: приобретение по давности права собственности возможно лишь лицом, которое было неправильно внесено в реестр, т.е. давность в данном случае будет выступать средством разрешения коллизии материальной и формальной принадлежности прав (более точно этот случай может быть квалифицирован не как приобретение права собственности, а как устранение возражений о неправильности записи в реестре). Такое значение давности может быть выведено и из норм действующего ГК РФ (ст. 234).

Другое возможное значение давности – признание ее средством возврата в оборот недвижимости, которая не является бесхозяйной, но собственник которой неизвестен (не внесен в реестр) либо не осуществляет хозяйственное воздействие на свою вещь. Однако для этого



случая следует интерпретировать добросовестность давностного владельца не как извинительное полагание себя собственником, а как уважительное незнание о наличии прав другого лица на вещь, находящуюся во владении давностного владельца. Строго говоря, из самого ГК РФ случай приобретения по давности как исключение из принципа внесения не следует. Абзац второй п. 1 ст. 234 ГК РФ гласит, что «[п]раво собственности на недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает у лица, приобретшего это имущество в силу приобретательной давности, с момента такой регистрации». Возникает вопрос: что происходит ранее – приобретение права на вещь в силу давности (закон почему-то говорит о приобретении имущества, что неточно), и затем это право подлежит регистрации, либо право возникнет только после регистрации? Ответ на него тесно связан с принципами построения системы органов, осуществляющих регистрационный режим. Очевидно, что решение вопроса о приобретении права собственности по давности владения основано на суждении о конкретных фактах, связанных с действиями давностного владельца, и исследовании фактических обстоятельств дела. Такими полномочиями обладает только суд. Поэтому регистрации права на недвижимость, которое возникло вследствие приобретательной давности, должно предшествовать установление судом соответствующих фактов (открытость, добросовестность, непрерывность, истечение сроков владения). Если бы функция регистрации прав в России была возложена на суды (как это имеет место в некоторых западных правовых порядках), то установление фактов и регистрация могли бы иметь место в рамках одного производства. Применительно же к административной системе устройства органов по регистрации, принятой в России, это невозможно: требуется предварительное обращение в суд.

Судебная практика по поводу применения абзаца второго п. 1 ст. 234 ГК РФ сложилась следующим образом. В постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС от 29 апреля 2010 г. № 10/22 содержится следующее разъяснение: «По смыслу абзаца второго пункта 1 статьи 234 ГК РФ отсутствие государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество не является препятствием для признания права собственности на это имущество по истечении срока приобретательной давности» (п. 20). При этом в том же Постановлении (п. 59) содержится правовая позиция, суть которой заключается в том, что иск о признании права может быть удовлетворен только в том случае, если право, о признании которого просит истец, у него уже возникло. Следовательно, если сложить эти две правовые позиции, получится, что, допуская предъявление давностным владельцем иска о признании

права собственности на недвижимое имущество, высшие суды по сути признают, что он уже стал собственником к моменту разрешения спора, а само разрешение спора требуется для того, чтобы окончательно развеять сомнения в фигуре собственника спорной недвижимости. Процессуальным законодательством (ст. 218 АПК РФ, ст. 264 ГПК РФ) предусмотрена возможность вынесения судебного решения по таким делам особого производства, как установление факта владения имуществом. Соответственно, судебное подтверждение наличия оснований для возникновения права собственности у давностного владельца возможно не только в исковом процессе, но и – при отсутствии спора – в рамках указанной процедуры. Это процессуальное решение отражено и в Постановлении № 10/22 (п. 21). Тем самым высшие суды закрепили непротиворечивую (с точки зрения действующего закона) квалификацию ситуации: перед обращением в регистрирующий орган давностный владелец должен получить судебное решение, подтверждающее наличие состава приобретения права собственности по давности; затем следует обращение с просьбой о регистрации; сама же регистрация права имеет правоподтверждающее, а не конституирующее значение. Иное решение – распространение на приобретательную давность принципа внесения – не учитывает требований практики. Как правило, вопрос о приобретении по давности поднимается в ситуации, когда возникает спор между действительным собственником и лицом, полагающим себя собственником (т.е. лицом, которое на самом деле приобрело по давности). В подавляющем большинстве случаев заявление о давности делается для того, чтобы обессилить притязания истца о возврате вещи и лишить его титула собственника и соответствующей легитимации. Однако у этой эксцепции нет никаких перспектив, если давностный владелец сам не стал собственником, хотя бы и «внеерестровым».

*(д) Супружеская собственность*

Супружеская собственность на имущество, права на которое подлежат государственной регистрации, также возникает без внесения в реестр записи об этом. Это вытекает из положений п. 1 ст. 256 ГК РФ («Имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью...») и предложения второго п. 2 ст. 34 СК РФ («Общим имуществом супругов являются также приобретенные за счет общих доходов супругов... недвижимые вещи... независимо от того, на имя кого из супругов оно приобретено...»). Такое решение законодателя связано, по всей видимости, исключительно с социальной направленностью всех положений об общей собственности супругов, содержащихся в ГК РФ и СК РФ. Возникновение режима супружеской

собственности без необходимости совершения каких-либо процедур весьма хорошо приспособлено для защиты слабой стороны в супружеских имущественных отношениях, а именно лица, которое вносит неимущественный вклад в семью (воспитание детей, забота о домашнем хозяйстве и пр.).

Однако установление такого режима супружеской недвижимой собственности наносит серьезный удар по обороту. Так, оказывается, что в отношении значительной части имущества, принадлежащего физическим лицам, состоящим в браке, реестр является недостоверным (ведь данные реестра говорят об индивидуальной собственности лица на, например, недвижимую вещь – на деле же она находится в совместной собственности двух лиц). Поэтому третьи лица должны помимо данных ЕГРН также прилагать усилия к установлению наличия или отсутствия у «реестрового» собственника супружеских отношений. Несмотря на то что оборот по большинству видов имущества отчасти защищен положениями абзаца второго п. 2 ст. 35 СК РФ («Сделка, совершенная одним из супругов по распоряжению общим имуществом супругов, может быть признана судом недействительной по мотивам отсутствия согласия другого супруга только по его требованию и только в случаях, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о несогласии другого супруга на совершение данной сделки»), п. 3 ст. 253 и п. 2 ст. 173.1 ГК РФ (защищающего сторону сделки, требующей согласия, в случае ее добросовестного незнания о необходимости получения согласия на совершение сделки), в контексте сделок по отчуждению или обременению недвижимости и доли в ООО суды применяют положение п. 3 ст. 35 СК РФ, которое применительно к распоряжению подлежащими государственной регистрации правами в период брака не содержит оговорки о защите субъективно добросовестного контрагента, не знавшего о совместном характере собственности потенциального отчуждателя. С учетом того, что проверить достоверно, что последний не находится в браке на момент распоряжения, невозможно, вполне вероятно (и на практике это повсеместно случается), что недвижимость или доля в ООО отчуждаются без обязательного в силу закона согласия супруга, притом что о самом наличии такого супруга контрагент не знал. ВС РФ исходит из того, что в контексте отчуждения прав на долю в ООО или недвижимость, находящихся в общей совместной собственности супругов в период брака, п. 3 ст. 35 СК РФ имеет приоритет над положением абзаца второго п. 2 ст. 35 СК РФ, п. 2 ст. 173.1 и п. 3 ст. 253 ГК РФ, и субъективная добросовестность контрагента иррелевантна (см., например, определения СКГД ВС РФ 6 сентября 2016 г. № 18-КГ16-97,

от 19 мая 2015 г. № 19-КГ15-8 и от 4 декабря 2018 г. № 18-КГ18-184, а также определение СКЭС ВС РФ от 17 мая 2018 г. № 305-ЭС17-20998). Если судебная практика придет к выводу о том, что регистрация исключительных прав – это тоже государственная регистрация прав по смыслу ст. 8.1 ГК РФ, те же риски возникают и в отношении сделок с такими правами. Подобный подход крайне странен и вызывает большие сомнения в его справедливости и разумности. Риск недобросовестности супруга, на которого записано соответствующее право в реестре, оказывается возложенным на субъективно добросовестного контрагента, а не на супруга, который связал себя узами брака с таким недобросовестным лицом и не позаботился об изменении режима общности супружеского имущества (например, как минимум в случае с недвижимостью, если супруги перейдут на режим общей долевой собственности имущества, это будет видно всем третьим лицам из записей реестра).

*(е) Разграничение публичных земельных участков*

Еще одно исключение из принципа внесения в сфере земельного права содержится в ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ, а именно в правиле о возникновении права собственности на разграниченные земельные участки, принадлежащие публичным образованиям на праве собственности. Суть проблемы вкратце такова. До 1 июля 2006 г. действовал специальный закон, устанавливавший процедуру определения собственников земельных участков, принадлежащих публичным образованиям (разграничение прав на землю), основная идея которого заключалась в том, что земельные участки разграничиваются путем издания акта Правительства РФ о разграничении земельных участков<sup>1</sup>. Однако такая процедура была признана чрезвычайно неэффективной. Так, по некоторым подсчетам, для того чтобы разграничить все земельные участки в Российской Федерации теми темпами, которыми осуществлялись подготовка и издание актов Правительства, потребовалось бы более 30 лет. В итоге соответствующий Закон был отменен. Взамен во Вводный закон к ЗК РФ были помещены специальные критерии (ст. 3.1), при помощи которых правоприменитель мог бы определить, кому из публичных собственников принадлежит право на земельный участок.

Однако сразу же возникла следующая проблема. Прежнее законодательство о разграничении земельных участков исходило из того, что право собственности на участок возникает у публичного образования

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 17 июля 2001 г. № 101-ФЗ «О разграничении государственной собственности на землю».

с момента государственной регистрации права собственности в реестре; в ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ такого правила нет, напротив, законодатель употребляет слова «в целях разграничения государственной собственности на землю *к собственности такого-то публичного образования* (Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципальных образований) *относятся такие-то земельные участки*». Спрашивается, возникло ли у публичного образования право собственности на такой земельный участок сразу же после вступления в силу ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ (т.е. с 1 июля 2006 г.), или же эта норма является предпосылкой для возникновения права собственности на земельный участок — само же право возникнет только в том случае, если запись о праве собственности соответствующего публичного образования на земельный участок будет внесена в реестр?

Судебная практика ответила на этот вопрос следующим образом. Предметом рассмотрения в Президиуме ВАС РФ стал спор между муниципальным образованием и Российской Федерацией. Российская Федерация зарегистрировала право собственности на земельный участок до вступления в силу правил ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ. Однако в соответствии с данными правилами земельный участок должен был быть отнесен не к федеральной, а к муниципальной собственности. Муниципальное образование обратилось в суд с иском о признании своего права на участок. Суды трех инстанций отказали в иске о признании права, указав, что собственником участка в соответствии с записями реестра является Российская Федерация. Президиум ВАС РФ не согласился с такой позицией, признав, что само по себе вступление в силу правил, содержащихся в ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ, означает, что с 1 июля 2006 г. спорный участок поступил в собственность муниципального образования, внесения в реестр недвижимости каких-либо записей об этом не требовалось. Следовательно, истец правильно избрал способ защиты своего права собственности на участок — иск о признании права собственности к лицу, которое, не являясь собственником участка, тем не менее записано в реестре в качестве его собственника (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июля 2011 г. № 2178/11).

Подобный подход высшей судебной инстанции представляется оправданным. Правила о разграничении прав публичных образований на принадлежащие им земельные участки по своей направленности схожи с нормами ст. 6 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним о так называемых ранее возникших правах (т.е. правах на недвижимые вещи, возникших до 30 января 1998 г.). Земельные участки, в отношении которых

применяются правила о разграничении, *всегда принадлежали публичному собственнику* — единственная неясность заключалась в том, что субъект этого права — Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование — был не определен. Правила о разграничении призваны лишь выявить соответствующее публичное образование. Следует помнить о том, что исключения из принципа внесения устанавливаются в обороте не столько ради упрощения оборота, сколько ради исключения случаев появления бесхозной недвижимости; при этом важно не допустить ущемление интересов неограниченного круга третьих лиц, которые обращаются к данным ЕГРН с целью получить информацию о правах на недвижимое имущество. Следовательно, лицо, которое вступило в отношения с тем, кто в противоречии с правилами ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ был внесен в реестр в качестве собственника земельного участка (например, как в деле, рассмотренном Президиумом ВАС РФ, — Российская Федерация), должно быть защищено принципом достоверности реестра (т.е. участок не может быть изъят у покупателя, положившегося на данные ЕГРН; арендатор, плативший арендную плату Российской Федерации, не может быть понужден к уплате арендных платежей повторно; залогодержатель сохраняет право залога и т.п.).

*(ж) Ликвидационная квота*

Отношения, связанные с передачей имущества, оставшегося после ликвидации юридического лица его участникам, с содержательной точки зрения мало чем отличаются от отношений, возникающих в связи с реорганизацией юридического лица. Единственная, пожалуй, разница состоит в том, что при передаче имущества в порядке ликвидационной квоты в принципе невозможна передача долгов юридического лица (так как ликвидационная квота может образоваться лишь в случае, если у юридического лица осталось какое-либо имущество после расчетов с кредиторами, т.е. лишь при превышении стоимости имущества над размером долгов ликвидируемого юридического лица). В одном из определений СКГД ВС РФ (от 18 июля 2017 г. № 78-КГ17-46) этот вопрос довольно детально обсуждается. Так, нижестоящий суд отказался признавать единственного участника ликвидированного ООО собственником недвижимости, принадлежавшей обществу, так как он не был зарегистрирован в реестре недвижимости в качестве такового. Однако СКГД ВС РФ с таким подходом не согласилась, признав, что по смыслу норм ГК РФ о последствиях прекращения юридического лица и положений ст. 58 Закона об ООО о последствиях ликвидации общества собственность на имущество общества переходит (в определении использовано неудачное выражение «передается» — в действи-

тельности же для приобретения имущества как ликвидационной квоты никакого волевого акта от ликвидируемого общества не требуется; ликвидационная комиссия может передать оставшееся имущество участникам, однако и в случае если имущество не было выявлено ликвидационной комиссией, но оно физически существует, оно также переходит в собственность участников общества после его ликвидации) к участникам.

*(з) Приобретение права на земельный участок под многоквартирным домом*

Это важное исключение из принципа внесения следует из положений Вводного закона к ЗК РФ (ч. 5 ст. 16), устанавливающих, что с момента формирования земельного участка и проведения его государственного кадастрового учета земельный участок, на котором расположены многоквартирный дом и иные входящие в состав такого дома объекты недвижимого имущества, переходит бесплатно в общую долевую собственность собственников помещений в многоквартирном доме. Наиболее последовательно это исключение из принципа внесения анализируется в Определении СКЭС ВС РФ от 24 января 2017 г. № 305-КГ16-10570. В этом деле ключевым правовым вопросом был следующий: если лицо скупило все квартиры в многоквартирном доме, означает ли это, что оно тем самым приобрело право собственности на земельный участок, занятый этим домом? Нижестоящие суды отказались признавать покупателя собственником участка (покупатель снес многоквартирный дом, в котором он выкупил квартиры и начал новое строительство), однако с этим подходом не согласилась Коллегия. Она признала, что собственность на долю в земельном участке переходит к покупателю квартиры в силу закона как исключение из принципа обязательности внесения записи для цели возникновения права. При этом Коллегия подчеркнула, что если одно лицо приобрело все квартиры, то оно без необходимости внесения записей о собственности на участок в реестре становится единоличным собственником земельного участка в силу сложения долей. При этом если это лицо пожелает, чтобы его единоличное право собственности на земельный участок было зарегистрировано в реестре (пример правоподтверждающей регистрации, т.е. регистрации уже возникшего — как исключение из принципа внесения — права), оно вправе это сделать, и регистратор не вправе отказать во внесении такой записи.

*(и) Переход права ипотеки при уступке требования, обеспеченного залогом недвижимости*

Следующий случай исключения из принципа внесения, который предусмотрен нормами, регулирующими ипотеку, — это уступка тре-

бования, обеспеченного ипотекой. В соответствии с положениями ст. 384 ГК РФ при уступке требования по основному обязательству (например, обязательства по возврату кредита) к цессионарию переходят и дополнительные требования (в частности, право залога). Возникает вопрос: с какого момента происходит переход права залогодержателя при уступке обязательственного требования по возврату кредита, обеспеченного ипотекой? Есть два варианта ответа. Первый — у цессионария права залогодержателя возникнут с момента государственной регистрации изменения смены залогодержателя в ЕГРН. Однако это не соответствует принципиальному положению российского залогового права (*залогодержателем может быть только кредитор по обеспеченному залогом обязательству*): легко заметить, что при предлагаемом варианте решения проблемы после подписания соглашения об уступке права по договору кредита и по ипотеке и до регистрации перехода ипотеки кредитором по обязательству будет цессионарий, а залогодержателем — цедент. Этот вариант также порождает значительное количество трудных вопросов: как быть в случае, если регистрация уступки ипотеки не состоится? Что, если до регистрации замены залогодержателя в ЕГРН появится необходимость обращать взыскание на предмет залога?

Второй вариант ответа таков: в положениях ст. 384 ГК РФ, устанавливающих особенность перехода прав, вытекающих из обеспечительных сделок, установлено исключение из принципа внесения, т.е. эта норма и есть иной предусмотренный законом случай возникновения права без регистрации? По всей видимости, именно к такому решению склонился ВАС РФ, признавший, что ипотека переходит к цессионарию с момента совершения уступки по долгу, обеспеченному залогом (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10). Однако у этого решения есть и негативные стороны. Реестр, содержащий в себе запись об ипотеке в пользу цедента, более не будет достоверным — он будет вводить третьих лиц в заблуждение относительно действительных прав на недвижимое имущество. Кроме того, цессионарий будет совершенно не заинтересован в том, чтобы привести реестр в актуальное состояние, *ведь у него и так уже есть права залогодержателя, без внесения записей в ЕГРН*. Тем не менее ВАС РФ, выбрав в качестве варианта ответа второй подход, смог нивелировать его недостатки. Как указывается в предложении втором абзаца второго п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10, до государственной регистрации перехода к новому кредитору прав по ипотеке предъявленные им требования, основанные на договоре об ипотеке (например, иск об обращении взыскания на предмет залога), удовлетворению не подлежат.



Тем самым создается мощнейший стимул для нового залогодержателя, не внесенного в ЕГРН, как можно быстрее зарегистрировать изменение принадлежности права залога.

*(к) Передача государственного имущества в уставный капитал акционерного общества при приватизации*

Судебная практика выявила это исключение относительно недавно. Логика рассуждений в одном из дел СКЭС ВС РФ (Определение от 4 июня 2019 г. № 303-ЭС18-26243) в некотором смысле схожа с ходом рассуждений, в соответствии с которым исключением из принципа внесения считается приобретение права на имущество универсальными правопреемниками юридических лиц. Согласно подп. 1 п. 1 ст. 13 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» преобразование унитарного предприятия в акционерное общество является одним из способов приватизации государственного и муниципального имущества. В соответствии с п. 1 ст. 37 этого Закона хозяйственное общество, созданное путем преобразования унитарного предприятия, с момента его государственной регистрации в ЕГРЮЛ становится правопреемником этого унитарного предприятия в соответствии с передаточным актом, составленным в порядке, установленном ст. 11 данного Закона, со всеми изменениями состава и стоимости имущественного комплекса унитарного предприятия, произошедшими после принятия решения об условиях приватизации имущественного комплекса этого унитарного предприятия. Таким образом, акционерное общество, созданное в результате приватизации государственного (муниципального) имущества, становится собственником имущества, включенного в план приватизации и передаточный акт, с даты государственной регистрации в качестве юридического лица. В итоге СКЭС ВС РФ признала, что собственность на земельный участок, который был включен в план приватизации государственного предприятия, должен считаться находящимся на праве собственности акционерного общества с момента государственной регистрации последнего как юридического лица; с этого же момента право собственности Российской Федерации на участок должно считаться прекращенным.

*(л) Право члена семьи собственника на пользование жилым помещением*

Социальной направленностью можно объяснить тот факт, что право члена семьи собственника жилого помещения пользоваться помещением также возникает без внесения в ЕГРН записей об этом (п. 1 ст. 292 ГК РФ). Данное положение является совершенно неприемлемым,

в случае если это право противопоставляется новому собственнику недвижимой вещи, как это было предусмотрено первоначальной редакцией п. 2 ст. 292 ГК РФ. В 2004 г. положение радикально изменилось: п. 2 ст. 292 ГК РФ теперь содержит противоположную норму: это право члена семьи собственника жилого помещения не может быть противопоставлено новому собственнику жилого помещения. Иное может быть предусмотрено законом (одно важное исключение, например, предусмотрено в п. 4 ст. 31 ЖК РФ). В связи с этим острота последствий недостоверности реестра (из выписки ЕГРН по жилому помещению невозможно установить, что имеются лица, обладающие ограниченным правом пользоваться недвижимой вещью) отчасти была снята.

*(м) Переход прав в рамках принципа единства судьбы прав на здания и земельные участки*

Очень интересный случай исключения из принципа внесения — положения п. 3 ст. 552 ГК РФ и п. 1 ст. 35 ЗК РФ, в соответствии с которыми при переходе права собственности на здание, строение, сооружение, находящиеся на чужом земельном участке, к другому лицу оно приобретает право на использование соответствующей части земельного участка, занятой зданием, строением, сооружением и необходимой для их использования, на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний их собственник. Другими словами, покупатель здания, приобретший его от лица, являвшегося арендатором земельного участка, на котором расположено это здание, с момента государственной регистрации права собственности на здание становится арендатором этого земельного участка. Внесения каких-либо записей в ЕГРН об этом не требуется. Данное исключение из принципа внесения может быть объяснено исключительно особенностью российского правопорядка, который допускает квалификацию здания (строения, сооружения) в качестве самостоятельной недвижимой вещи, отличной от земельного участка, на котором такой объект расположен. Потребность в одновременном обращении прав на земельный участок и прав на здание, на нем расположенное, и породила так называемый принцип единства судьбы земельного участка и расположенного на нем здания, реализованный в ст. 1 ЗК РФ (хотя точнее его было бы именовать принципом одновременной передачи права на здание и на земельный участок).

При этом, правда, остается не вполне понятным, почему переход права собственности на земельный участок, на котором расположено продаваемое здание (ср. п. 1 ст. 552 ГК РФ, п. 4 ст. 35 ЗК РФ), не признается законодателем в качестве исключения из принципа внесения.

Кроме того, судебная практика исходит из того, что правила п. 3 ст. 552 ГК РФ и п. 1 ст. 35 ЗК РФ о переходе без записи ограниченных прав на земельный участок подлежат применению и в случае, когда у продавца здания имеется право постоянного бессрочного пользования земельным участком, на котором расположено отчуждаемое здание. Это право не способно к обороту, следовательно, возникает вопрос: применяется ли в такой ситуации норма о переходе ограниченного права на земельный участок при продаже здания? Кроме того, круг субъектов права постоянного бессрочного пользования действующим законом ограничен (см. ст. 20 ЗК РФ), земельные участки на этом праве предоставляются довольно экзотическим участникам оборота (вроде государственных учреждений, казенных предприятий, центров исторического наследия, президентов Российской Федерации, прекративших осуществление своих полномочий). Тем не менее ВАС РФ согласился с тем, что к покупателю, даже не являющемуся субъектом, которому земельный участок может быть предоставлен на праве постоянного бессрочного пользования, переходит право бессрочного пользования участком, причем для перехода этого права к покупателю внесения записи в ЕГРН не требуется (см. п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11; постановления Президиума ВАС РФ от 23 марта 2010 г. № 11401/09, от 11 мая 2010 г. № 82/09).

*(н) Гибель здания / сооружения / помещения / машино-места*

Субъективное частное право не может существовать без объекта. Если объект вещного права — вещь — прекращает физическое существование, то и право собственности на нее прекращается. Это прямо следует из положения п. 1 ст. 235 ГК РФ. Применение этого правила к движимым вещам не вызывает каких-либо сложностей, но в отношении вещей недвижимых оно требует дополнительных пояснений. Дело в том, что недвижимые вещи могут быть идеальными или «нормативными» (т.е. возникающими в результате не физических действий, а только в силу проведения юридических процедур). Таковым является земельный участок, который возникает как вещь в силу кадастрового учета его границ и государственной регистрации права на него. Такая вещь погибнуть не может.

Но существуют также недвижимые вещи физические, ненормативные (т.е. такие, для возникновения которых необходимо прежде всего их физическое создание; государственная регистрация прав придает таким вещам режим недвижимой вещи, но она невозможна без физического существования вещи). К числу последних относятся здания, сооружения, помещения, объекты незавершенного строительства, машино-места. Именно в отношении последних будет действо-

вать исключение из принципа внесения при их гибели: право собственности, например, на здание, прекратившее свое существование в результате полного уничтожения пожаром или просто разобранным собственником, прекращается с момента прекращения физического существования этого объекта, а не с момента исключения записи о праве собственности из реестра. Судебная практика по этому вопросу колеблется. В частности, в одном из дел СКГД ВС РФ высказалась в том смысле, что физическая гибель здания сама по себе не прекращает право собственности на него, если собственник не выразил волю на прекращение своего права (Определение от 15 мая 2018 г. № 87-КГ18-2; такой же, хотя чуть более осторожно сформулированный вывод см. в Определении СКГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 33-КГ16-12). Подобный подход является ошибочным, так как он противоречит ясной норме п. 1 ст. 235 ГК РФ.

*(о) Прекращение ипотеки при прекращении обеспеченного долга*

Еще одним исключением из принципа внесения является прекращение ипотеки в случае прекращения обеспеченного долга (ст. 352 ГК РФ). Это следует из принципа акцессорности обеспечительных прав, который означает, что обеспечительное право не может существовать без наличия обеспечиваемого права. Таким образом, в случае если долг, обеспеченный ипотекой, был исполнен должником, ипотека прекращается в силу прямого указания закона, а не в силу последующего погашения регистрационной записи об ипотеке. Однако этот случай следует отличать от ситуации, в которой происходит расторжение договора ипотеки по соглашению сторон. В этом случае ипотека прекратится лишь тогда, когда запись об ипотеке будет погашена (Определение СКЭС ВС РФ от 23 июня 2017 г. № 305-ЭС17-3021).

*(н) Приобретение застройщиком права собственности на квартиры в многоквартирном доме*

Довольно сложной является юридическая квалификация отношений, возникающих между застройщиком объекта, возводимого в соответствии с положениями Закона об участии в долевом строительстве, и лицами, заключившими договор участия в долевом строительстве (который фактически является договором купли-продажи будущей недвижимой вещи (см. п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54)). Эти отношения также основаны на исключении из принципа внесения.

В соответствии с Законом об участии в долевом строительстве (ст. 16) государственная регистрация права собственности дольщика (т.е. покупателя) осуществляется после того, как строительство дома завершено и застройщик представил регистратору все документы,

свидетельствующие о том, что строительство завершено и компетентным органом выдано разрешение на эксплуатацию здания. После этого регистрирующий орган начинает осуществлять государственную регистрацию права собственности дольщиков (покупателей) на недвижимое имущество, которое являлось предметом договора участия в долевом строительстве (ч. 11 ст. 48 Закона о государственной регистрации недвижимости).

Возникает сложный вопрос: как может быть, что право собственности приобретает дольщиком производным способом (так как дольщик – это покупатель, а по договору купли-продажи продавец передает право собственности покупателю (так называемое транзитивное правопреемство)), но запись о собственности дольщика открывает перечень записей в соответствующем разделе ЕГРН? Получается своеобразный «разрыв» между правом застройщика и правом дольщика: застройщик передает право собственности на квартиру, находящуюся в построенном доме, не регистрируя это право за собой, а запись о праве собственности дольщика, вносимая в реестр, в действительности отражает факт передачи права собственности от продавца (застройщика) к покупателю (дольщику).

Этот разрыв может быть объяснен исключительно при помощи изъятия из принципа внесения. Застройщик, возводящий здание, должен непременно иметь на земельный участок право собственности или иное право, позволяющее осуществлять его застройку и горизонтальное разделение (т.е. присвоение в свою имущественную сферу того, что будет построено на чужом земельном участке). В силу принципа *superficies solo cedit* (все, выстроенное на участке, принадлежит обладателю права на участок (см. ст. 263 ГК РФ)) помещения в здании, введенном в эксплуатацию, принадлежат застройщику на праве собственности, причем государственная регистрация этого права для цели его возникновения по смыслу п. 2 ст. 263 ГК РФ не требуется. Следовательно, застройщик все-таки именно передает дольщику право собственности на предмет договора. Однако опять же в силу прямого указания Закона об участии в долевом строительстве (и в отличие от иных случаев исключения из принципа внесения) это возникшее в силу закона право собственности застройщика на помещения в возведенном им здании вообще не надо вносить в реестр. Это объясняется, видимо, простым соображением: если обязать застройщика сначала зарегистрировать свое право в реестре и потом регистрировать переход права к дольщику, то застройщику придется уплатить довольно ощутимую сумму государственной пошлины, и при этом совершенно очевидно, что он переложит дан-

ную пошлину на дольщика, увеличив цену объекта недвижимости на соответствующую сумму. Такое удорожание жилых помещений (причем исключительно ради догматической чистоты юридических конструкций) явно не входило в планы законодателя, и поэтому он в ст. 16 Закона об участии в долевом строительстве и освободил застройщика от необходимости регистрировать первоначальное право на помещения в возведенном здании.

Иной подход, состоящий в том, что дольщик не приобретает производным образом от застройщика право собственности на помещение, а является первоначальным собственником объекта, совершенно неприемлем. Первоначальное приобретение права собственности на объект строительства возможно в рамках договора подряда и объясняется тем, что заказчик в обязательном порядке должен быть обладателем права собственности на земельный участок (либо иного права на земельный участок, допускающий его застройку). Именно в отношении заказчика по договору строительного подряда будет действовать принцип *superficies solo cedit*, и именно поэтому потом он приобретает право собственности на предмет строительства первоначальным способом. Кстати, как раз по этой причине требованием ГК РФ к заказчику по договору строительного подряда (п. 1 ст. 747 ГК РФ) является обладание последним прав на застраиваемый земельный участок.

Однако в связи с тем, что мнение о том, что дольщик является покупателем, а не заказчиком (по договору строительного подряда), окончательно утвердилось в доктрине и судебной практике (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 5 сентября 2019 г. № 306-ЭС16-3099(4, 5)), признание дольщика лицом, приобретающим право собственности на недвижимость первоначальным образом, невозможно. Следовательно, необходимо объяснить механизм производного приобретения им права собственности без внесения записи о праве отчуждателя. А это невозможно сделать без привлечения концепции исключения из принципа внесения.

*(р) Приобретение недвижимого имущества при помощи средств семейного капитала*

В соответствии с положениями Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» (ч. 4 ст. 10) жилое помещение, приобретенное (построенное, реконструированное) с использованием средств (части средств) материнского (семейного) капитала, «оформляется в общую собственность родителей, детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей) с определением размера долей по соглашению».

Судебная практика подтверждает, что эта норма является исключением из принципа внесения (п. 10 Обзора судебной практики по делам, связанным с реализацией права на материнский (семейный) капитал, утвержденного Президиумом ВС РФ от 22 июня 2016 г.). В частности, практика СКГД ВС РФ исходит из того, что, даже если родители нарушили обязательство по оформлению общей долевой собственности на недвижимость, приобретенную за счет средств семейного капитала, при разводе супругов и разделе общего имущества доли несовершеннолетних детей подлежат учету при разделе имущества (см. также Определение СКГД ВС РФ от 31 июля 2018 г. № 5-КГ18-179).

По всей видимости, это исключение из принципа внесения, так же как и многие другие, основано на идее необходимости организации лучшей защиты интересов слабовозрастной группы лиц – несовершеннолетних детей – от возможных злоупотреблений их родителей (которые могут выражаться в том, что последние будут уклоняться от фиксации предусмотренной законом общей долевой собственности на имущество, приобретенное за счет средств семейного капитала).

*(с) Выдача ценной бумаги, удостоверяющей право на имущество*

Исключением из принципа внесения будет создание альтернативного реестру прав на имущество способа фиксации этих прав – выдача обязанным лицом ценной бумаги, удостоверяющей соответствующее вещное право. Это следует из п. 1 ст. 142 ГК РФ, в соответствии с которым если обязанным лицом была выдана ценная бумага, то осуществление и передача права, инкорпорированного в ценную бумагу, возможны только путем предъявления или передачи самой бумаги. Следовательно, если, например, правом, инкорпорированным в ценную бумагу, будет вещное право на недвижимую вещь, то оборот этого права будет подчиняться не записям реестра недвижимости, а правилам ценно-бумажного оборота.

Как правило, содержанием ценных бумаг являются обязательственные права (вексель, облигация, чек) или корпоративные права (акция), объектом которых является поведение субъектов права. Однако известны случаи, когда содержанием ценной бумаги являются вещные права. К числу таких бумаг относятся, в частности, закладная (ценная бумага, удостоверяющая право залога в отношении недвижимого имущества) и инвестиционный пай паевого инвестиционного фонда (ценная бумага, удостоверяющая долю в праве собственности на имущество, находящееся в составе паевого инвестиционного фонда).

В случае с выдачей закладной Закон об ипотеке устанавливает (ст. 13, 48), что права, удостоверенные закладной, может осуществлять владелец закладной, причем оборот закладных происходит на основе

надписей о передаче закладной (ст. 16 Закона об ипотеке). О том, что по договору ипотеки была выдана закладная, делается отметка в реестре (ч. 6 ст. 53 Закона о государственной регистрации недвижимости), сам факт существования которой позволяет третьим лицам делать вывод о том, что принадлежность залогового права должна осуществляться не по записям реестра недвижимости, а по правилам оборота закладных. Владелец закладной, легитимированный непрерывным рядом передаточных надписей, может обратиться к регистратору с тем, чтобы в реестре был отражен факт принадлежности ему закладной в определенный момент времени. Однако это не изменяет и не отменяет действия правила о том, что передача права залога будет осуществляться исключительно путем передачи закладной. При этом регистрация факта принадлежности закладной является правом ее текущего владельца, а не обязанностью, поэтому возражение залогодателя в споре с владельцем закладной о том, что принадлежность залогового права последнему не зарегистрирована в реестре недвижимости, не допускается (Определение СКГД ВС РФ от 14 мая 2019 г. № 46-КГ19-4).

Другой пример, когда выдача ценной бумаги будет создавать внереестровый оборот недвижимости, — это включение недвижимого имущества в состав паевого инвестиционного фонда (ст. 14 Федерального закона от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»). В этом случае принадлежность права на такое имущество будет закрепляться не через записи реестра недвижимости, а путем определения принадлежности инвестиционных паев (являющихся, к слову, бездокументарными именованными ценными бумагами, принадлежность которых, в свою очередь, также фиксируется в реестре, записи которого обладают правопорождающим эффектом; к ним полностью применимы все выводы, сделанные в настоящем комментарии). В реестре недвижимости делается отметка о том, что имущество входит в состав паевого инвестиционного фонда (ч. 5 ст. 42 Закона о государственной регистрации недвижимости).

Кроме того, помимо недвижимости, в состав паевого инвестиционного фонда в некоторых случаях могут быть включены доли в уставных капиталах обществ с ограниченной ответственностью. В этом случае тоже будет действовать исключение из принципа внесения, но уже в отношении реестра юридических лиц: принадлежность таких долей определяется не по ЕГРЮЛ, а по реестру владельцев инвестиционных паев.

Здесь также следует иметь в виду, что ценные бумаги подчиняются принципу легалитета, т.е. субъекты гражданского оборота могут выдавать только те ценные бумаги, которые предусмотрены законом



(п. 2 ст. 142 ГК РФ). Это означает, что участники оборота не могут изобретать такие виды ценных бумаг, которые не урегулированы законом (скажем, создать ценную бумагу, удостоверяющую рентные права, и пр.).

### 2.3. «Лжеисключения» из принципа внесения

Существуют случаи, когда текстуально законодатель вроде бы вводит изъятие из принципа внесения, формулируя правило о том, что в некоторой ситуации право возникает в результате наступления какого-либо факта. Однако глубокий анализ ситуации приводит к выводу о том, что в действительности законодатель не имел намерения допустить исключение из действия принципа обязательности записи для целей возникновения права.

#### (а) «Инвестиционная собственность»

Долгое время распространенным было мнение о том, что *право собственности инвестора* на недвижимое имущество, возводимое за счет сделанных им инвестиций, возникает у него без внесения каких-либо записей в реестре. Это суждение имеет формальную основу в положениях ст. 5 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестициях в РСФСР»<sup>1</sup> и ст. 6 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений»<sup>2</sup>, декларирующих такие права инвесторов, как «владение, пользование и распоряжение», результатами инвестиционной деятельности. На основе этих, в общем-то, довольно незамысловатых законодательных сентенций некоторыми практикующими юристами делался вывод, что если закон наделяет инвестора правом «владеть, пользоваться и распоряжаться», то речь непременно идет о праве собственности, ведь эта триада правомочий традиционно используется в нашем праве для обозначения именно этого вещного права. В сочетании с положениями п. 2 ст. 8.1 ГК РФ (право возникает с момента внесения записи в реестр, если иное не установлено законом, а таковым законом вроде бы как раз и следует признать названные нормы законодательства об инвестициях) получается, что в силу закона сам по себе факт осуществления инвестиций достаточен для того, чтобы лицо, осуществившее инвестиции, сразу же стало собственником того недвижимого имущества, в создание

<sup>1</sup> Пункт 5 которой гласит: «Инвестор имеет право владеть, пользоваться и распоряжаться объектами и результатами инвестиций...»

<sup>2</sup> В соответствии с абзацем четвертым которой инвесторы имеют равные права на «владение, пользование и распоряжение объектами капитальных вложений и результатами осуществленных капитальных вложений».

*либо реконструкцию которого денежные средства были вложены. А если таких лиц несколько, то между ними возникает долевая собственность на недвижимую вещь, созданную за их счет. Причем, видимо, по такой логике это «право собственности инвестора» возникает у последнего первоначальным способом.*

Однако несмотря на понимание того, что отношения между инвестором и застройщиком — *это отношения по исполнению договора о передаче в собственность инвестора недвижимой вещи*, «вещно-правовая концепция» прав инвесторов на объект строительства сомнению не подвергалась, и именно она, по всей видимости, легла в основу обширнейшей практики судов общей юрисдикции, а также некоторых арбитражных судов, суть которой заключается в возможности *судебной констатации права собственности инвестора на профинансированное им недвижимое имущество*. На практике эта констатация возникшего права собственности инвестора выражается в *удовлетворении иска о признании права собственности инвестора на объект инвестиций* (ср. довольно типичное дело из ряда подобных судебных споров — Определение СКГД ВС РФ от 14 декабря 2010 г. № 4-В10-34).

Некоторые сторонники «вещно-правовой концепции» прав инвестора на объект строительства (в основном из числа практикующих юристов), указывая на совокупность нормы п. 2 ст. 8 ГК РФ и упомянутых выше положений инвестиционного законодательства как на случай возникновения права собственности на недвижимость без записи в реестре, полагают, что иск инвестора о признании права собственности на объект, возведенный за его счет, вполне укладывается в процессуальную конструкцию иска о признании: право собственности на объект недвижимости у инвестора возникло, так как инвестиции осуществлены, следовательно, иск о признании этого права может быть удовлетворен.

Однако уже в первой половине первого десятилетия XXI в. «вещно-правовая» концепция прав инвесторов на объект строительства перестала быть господствующей. Это, по всей видимости, связано с некоторыми сомнениями, которые возникли у судов при ее применении. Так, данная концепция совершенно не объясняет, как долевая собственность инвестора на здание (что вроде бы и имеется в виду под так называемым инвестиционным законодательством) преобразуется в право собственности на конкретное помещение в здании (а ведь именно помещение является предметом договора инвестора с застройщиком). Кроме того, на почве этого взгляда совершенно невозможно хоть сколько-нибудь удовлетворительно разрешить казус с так называемой двойной продажей одного и того же помещения двум разным

инвесторам. И наконец, «вещно-правовая» концепция приводит к совершенно недопустимым (с точки зрения частного права) результатам в случае банкротства застройщика: часть конкурсной массы передается только одной группе кредиторов (инвесторам), причем приоритет этой группы кредиторов не основан на положениях законодательства о банкротстве.

В итоге в практике арбитражных судов стал развиваться иной взгляд на природу прав инвестора. В его основу легло очень простое соображение: инвестор является стороной договора, в силу которого он — инвестор — имеет право требовать от застройщика исполнения обязательства — передачи конкретного помещения, определенного договором. Поэтому у инвестора есть права, которые принадлежат кредитору по обязательству передать индивидуально-определенную вещь, — право требовать принудительного исполнения обязательства в натуре либо право требовать возмещения убытков, причиненного неисполнением обязательства. Разумеется, при таком взгляде на отношения застройщика и инвестора последний станет собственником причитающейся ему недвижимости не ранее, чем застройщик исполнит договор, а инвестор регистрирует свое право собственности в органе по государственной регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 219 ГК РФ). Следовательно, при таком — обязательственно-правовом — объяснении прав инвестора не может быть и речи об удовлетворении иска инвестора о признании права собственности на объект инвестиций (поскольку такого права у инвестора нет, ведь он не стал собственником по правилам ст. 219 ГК РФ) или на долю в объекте незавершенного строительства. И, разумеется, совершенно иным будет подход к удовлетворению требований кредиторов застройщика в деле о банкротстве застройщика: объект строительства остается в конкурсной массе застройщика, а все кредиторы — банки, инвесторы, налоговый орган, подрядчики и пр. — будут удовлетворять свои требования из стоимости, вырученной от продажи этого объекта конкурсным управляющим в ходе конкурсного производства. Какой из этих двух подходов — вещно-правовой или обязательственный — верный? Нет никаких сомнений, что второй полностью соответствует последним тенденциям развития законодательства об инвестициях в строительство недвижимости. В первую очередь имеются в виду нормы ст. 13 Закона об участии в долевом строительстве и нормы § 7 гл. IX Закона о банкротстве, которыми были установлены особенности банкротства застройщиков. В первом из упомянутых законодательных актов устанавливается специальная мера защиты прав инвесторов в строительстве многоквартирных домов — законный залог инвесторов

на объект, возводимый за их счет, т.е. инвесторы объявляются законодателем кредиторами-залогодержателями. Это законоположение делает совершенно беспочвенными любые рассуждения о праве собственности инвестора на объект строительства, так как отечественное гражданское право не допускает соединение в одном лице собственника и залогодержателя. Второй из упомянутых актов — поправки в Закон о банкротстве — еще жестче подчеркивает обязательственную природу требований инвесторов к застройщику, ввода, во-первых, специальные процедуры и условия удовлетворения этих требований, а также устанавливая приоритет данной группы кредиторов над иными кредиторами.

По всей видимости, именно такие рассуждения и привели к тому, что ВАС РФ сначала в нескольких делах, рассмотренных в порядке надзора в 2011 г.<sup>1</sup>, а впоследствии в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 (абзацы второй и третий п. 4) поддержал именно обязательственную модель отношений инвесторов и застройщиков, разъяснив судам, что положения законодательства об инвестициях не являются основанием для возникновения права собственности инвесторов на объект строительства, право собственности в такой ситуации возникнет у инвестора не ранее государственной регистрации этого права в реестре (абзац второй п. 4 Постановления). Таким образом, была поставлена точка в споре о том, являются ли положения законов об инвестиционной деятельности случаями исключения из принципа внесения. В результате было признано, что возникновение права собственности на вновь построенные объекты, напротив, *подчинено принципу внесения*.

Вместе с тем следует обратить внимание читателей на то обстоятельство, что другой высший суд — ВС РФ, рассматривая в конце 2010 г. дело о признании права собственности инвестора на долю в объекте незавершенного строительства, склонился к мнению о том, что такое право у инвестора все же есть (Определение СКГД ВС РФ от 14 декабря 2010 г. № 4-В10-34). Этот подход продолжает встречаться в практике СКГД ВС РФ и сейчас (см. Определение СКГД ВС РФ от 13 сентября 2016 г. № 5-КГ16-57). При этом необходимо отметить, что практика СКЭС ВС РФ по-прежнему придерживается позиций Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 (определения СКЭС ВС РФ от 8 июля 2015 г. № 305-ЭС15-3617, от 7 декабря 2017 г. № 310-ЭС17-12472, от 3 марта 2016 г. № 309-ЭС15-13936, от 9 февраля 2015 г. № 305-ЭС14-7729).

<sup>1</sup> Постановления Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13534/10, 13970/10.

Между тем некоторые подвижки в сторону концепции, заложенной в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, наблюдаются и в практике СКГД ВС РФ. Так, например, в Обзоре практики ВС РФ № 3 (2018), утвержденном Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г. в разделе «Вопросы» под № 1 значится следующий вопрос: «Каким способом подлежит защите право физического лица на нежилое помещение в объекте незавершенного строительства по договору участия в долевом строительстве многоквартирного дома?» Ответ, данный ВС РФ, исходит не из «вещной концепции» прав инвесторов, а из подхода ВАС РФ: «В связи с заключением договора участия в долевом строительстве, предметом которого является нежилое помещение, не предназначенное для удовлетворения личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд гражданина, не связанных с предпринимательской и иной экономической деятельностью, у застройщика возникает обязательство передать индивидуально-определенное нежилое помещение в строящемся объекте недвижимого имущества. Согласно п. 1 ст. 308.3 ГК РФ в случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено данным кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Поскольку из существа обязательства по передаче индивидуально-определенного нежилого помещения, не предназначенного для удовлетворения личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд гражданина, не вытекает иное, надлежащим способом защиты права физического лица в отношении такого помещения в объекте незавершенного строительства в соответствии с приведенными положениями ст. 308.3 ГК РФ является понуждение к исполнению обязательства в натуре».

Получается, что СКГД ВС РФ пока продолжает придерживаться вещной концепции только применительно к инвестициям граждан в строительство жилья в рамках участия в долевом строительстве. Необходимо как можно скорее унифицировать судебную практику и прекратить использовать этот странный подход, в рамках которого суды общей юрисдикции удовлетворяют иски о признании права собственности на жилые помещения, как если бы собственность инвестора-гражданина возникла ранее, а не с момента государственной регистрации прав на недвижимость сначала за застройщиком, а затем в порядке ст. 551 ГК РФ за инвестором или, как это следует из Закона об участии в долевом строительстве, сразу же за инвестором-дольщиком, но не в режиме установительного иска о признании ранее возникшего у него права, а в режиме иска о присуждении к внесению в ЕГРН записи о праве собственности дольщика. Как представляется, все иски

дольщиков о признании права собственности на жилье в построенном и введенном в эксплуатацию доме должны квалифицироваться именно таким образом. В таком случае говорить об исключении из принципа внесения уже точно не придется.

Остается только отметить, что утверждение этого единственно верного подхода прекратит безумную практику удовлетворения исков о признании права собственности на «долю в объекте незавершенного строительства, соответствующую квартире такой-то» в момент, когда жилой дом еще не построен. Такой подход судов общей юрисдикции не имеет ничего общего не только с действующим законом, правовой догмой и традицией, но и со здравым смыслом.

*(б) Аренда недвижимости с правом выкупа*

Еще один случай ложного исключения из принципа внесения — это правило п. 1 ст. 624 ГК РФ, в соответствии с которым право собственности на арендованное имущество, в отношении которого стороны условились о выкупе, переходит к арендатору по истечении срока аренды или до его истечения при условии внесения арендатором всей обусловленной договором выкупной цены. Какое значение может иметь признание за арендатором, внесшим выкупные платежи, права собственности до момента государственной регистрации? Если имеется в виду защита арендатора от распоряжений собственника и от третьих лиц, то арендатор вполне защищен от них возражениями, основанными на ст. 617 ГК РФ: в частности, он вправе требовать государственной регистрации перехода права собственности по ст. 551 ГК РФ и путем иска к новому приобретателю. Очевидно, что исключения из начала внесения в данном случае не требуется. Представляется, что законодатель, формулируя ст. 624 ГК РФ, просто не учел оговорку, содержащуюся на момент написания части второй ГК РФ в п. 2 ст. 8 ГК РФ (в настоящее время — п. 2 комментируемой статьи): «[п]рава на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают с момента регистрации... если иное не установлено законом». Пункт 1 ст. 624 как раз и можно формально рассматривать как случай, установленный законом. Таким образом, следуя тексту п. 1 ст. 624 ГК РФ, получается следующая конструкция: арендатор вносит выкупные платежи, срок аренды истекает — и он приобретает право собственности на вещь без внесения в реестр, в котором собственником по-прежнему числится арендодатель. Реестр в такой ситуации оказывается недостоверным. Судебная практика, однако, не поддержала такое толкование: в Постановлении Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 (п. 8) прямо признано, что «[е]сли предметом договора аренды с выкупом является недвижимое имущество, право собственности на него переходит

к арендатору по правилам пункта 2 статьи 223 ГК РФ». И эту позицию ВАС РФ следует признать абсолютно оправданной.

*(в) Хозяйственное ведение и оперативное управление*

Довольно казуистичным является вопрос о моменте возникновения права хозяйственного ведения и оперативного управления недвижимым имуществом, переданным соответственно унитарным предприятиям и учреждениям (казенным предприятиям). Норма п. 1 ст. 299 ГК РФ устанавливает, что право хозяйственного ведения или право оперативного управления имуществом, в отношении которого собственником принято решение о закреплении за унитарным предприятием или учреждением, возникает у этого предприятия или учреждения с момента передачи имущества, если иное не установлено законом и иными правовыми актами или решением собственника. Иное, установленное законом, — это как раз положения п. 2 ст. 8.1 и п. 1 ст. 131 ГК РФ об особенностях возникновения права на недвижимое имущество. Но ведь последовательность прочтения п. 1 ст. 299 и п. 2 ст. 8.1 ГК РФ можно «перевернуть»: права на недвижимость возникают с момента внесения записи в реестр, если иное не установлено законом (п. 2 ст. 8.1 ГК РФ), а иное как раз установлено в п. 1 ст. 299 ГК РФ для хозяйственного ведения и оперативного управления: они возникают с момента передачи. В этом случае возникновение права хозяйственного ведения и оперативного управления не подчиняется принципу внесения.

Разрешить эту дилемму могла только судебная практика. Но и она некоторое время не демонстрировала единообразия. Так, в 2009 г. в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора было передано дело ФГУП «Почта России» против общества «ЦентрТелеком». Вкратце суть этого спора заключалась в том, что унитарное предприятие, полагая, что оно является обладателем права хозяйственного ведения на нежилое помещение (это право не было зарегистрировано), оспаривало зарегистрированное право собственности общества на это же нежилое помещение. Коллегия судей ВАС РФ, принявшая определение о передаче дела в Президиум, руководствуясь мнением о том, что право хозяйственного ведения возникает с момента передачи, без внесения каких-либо записей в реестр, сочла, что права унитарного предприятия были ущемлены. Президиум ВАС РФ (Постановление от 29 сентября 2009 г. № 6478/09) согласился с тем, что общество не является собственником нежилого помещения, и отменил судебные акты, которыми в удовлетворении иска предприятию было отказано. Постановление по этому делу было воспринято в юридической среде как полная поддержка высшей судебной инстанцией идеи о том, что право хозяйственного

ведения возникает с момента передачи имущества, но не с момента внесения записи в реестр. Между тем Президиум ВАС РФ в этом деле высказался очень осторожно. Президиум указал, что «[р]егистрация обществом «Центр Телеком» права собственности на спорные помещения препятствует реализации ФГУП «Почта России» права хозяйственного ведения на эти же помещения, в том числе права на их юридическое оформление (регистрацию), следовательно, обращение предприятия в арбитражный суд с иском о признании права федеральной собственности на указанные помещения имеет целью восстановление его нарушенного права хозяйственного ведения». Из данной фразы, с одной стороны, вроде бы вытекает, что право хозяйственного ведения возникло («...восстановление нарушенного права хозяйственного ведения»), а с другой стороны, Президиум не воспроизвел логику судебной коллегии (ссылка на п. 2 ст. 8 ГК РФ и затем на исключение из этого правила в п. 1 ст. 299 ГК РФ). Тем не менее судебная практика, ориентируясь на выводы Президиума ВАС РФ по этому делу, охотно признала, что право хозяйственного ведения возникает без внесения записи в реестр как исключение из принципа внесения.

Однако весной 2010 г. в Постановлении от 29 апреля 2010 г. № 10/22 Пленумы ВС РФ и ВАС РФ пришли к другому выводу. В абзаце втором п. 5 указанного Постановления содержится следующая правовая позиция: право хозяйственного ведения и право оперативного управления относятся к вещным правам лиц, не являющихся собственниками. В связи с этим право хозяйственного ведения и право оперативного управления на недвижимое имущество возникают с момента их государственной регистрации. Именно такой подход представляется верным. Наличие права хозяйственного ведения (или оперативного управления), с одной стороны, существенным образом стесняет правовые возможности публичного собственника и потому об этих правах должны знать третьи лица. С другой стороны, контрагенты унитарного предприятия, вступающие в договорные отношения по поводу принадлежащей ему недвижимости (продажа, аренда, ипотека и т.д.), имеют большую уверенность в том, что перед ними действительный обладатель права хозяйственного ведения в том случае, если это право внесено в реестр.

*(г) Приобретение доли в собственности на недвижимую вещь*

Здесь же следует упомянуть и одно любопытное положение абзаца первого ст. 251 ГК РФ, которое гласит: «Доля в праве общей собственности переходит к приобретателю по договору с момента заключения договора, если соглашением сторон не предусмотрено иное». Обращает на себя внимание отсутствие в данной норме слов «если иное не предусмотрено законом»; наличие такой оговорки позволило бы



утверждать, что переход доли в праве собственности на недвижимое имущество все же в отступление от этого правила подчиняется принципу внесения. Иначе говоря, в действующей редакции данной нормы можно обнаружить формальное исключение из принципа внесения. В то же время нет никаких сомнений в том, что законодатель вряд ли осознанно желал этого. Судебная практика, в которой суды признавали ли бы эту норму установлением специального правила перехода доли в праве на недвижимость и исключением из принципа внесения, в настоящее время отсутствует. Как представляется, никаких оснований для признания исключения из принципа внесения нет. Следует исходить из того, что норма абзаца первого ст. 251 ГК РФ носит общий характер, но применительно к недвижимости эта норма должна толковаться с учетом положений ст. 8.1 ГК РФ и закрепленным здесь принципом внесения.

#### **2.4. Дискуссия о принципе внесения и принципе противопоставимости**

Принцип внесения как абсолютно фундаментальное начало отечественного права недвижимости не ставился под сомнение на уровне практики высших судебных инстанций в течение длительного времени. Однако в 2015 г. в Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 (п. 3) был дан повод для того, чтобы задуматься над тем, действительно ли ВС РФ разделяет подход, заложенный в п. 2 комментируемой статьи относительно момента возникновения прав на имущество, подлежащих государственной регистрации. В частности, в указанном пункте Постановления № 25 есть такой пассаж: «Для лиц, не являющихся сторонами сделки и не участвовавших в деле, считается, что подлежащие государственной регистрации права на имущество возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, а не в момент совершения или фактического исполнения сделки либо вступления в законную силу судебного решения, на основании которых возникают, изменяются или прекращаются такие права (пункт 2 статьи 8.1, пункт 2 статьи 551 ГК РФ). При этом с момента возникновения соответствующего основания для государственной регистрации права стороны такой сделки или лица, участвовавшие в деле, в результате рассмотрения которого принято названное судебное решение, не вправе в отношениях между собой недобросовестно ссылаться на отсутствие в государственном реестре записи об этом праве».

В частности, разделение двух «адресатов» информации о моменте перехода права — лиц, не являющихся стороной в сделке, и лиц, являющихся стороной в сделке, — является поводом для того, чтобы задуматься о том, не поддержал ли ВС РФ (вопреки ясному и недвус-

мысленному предписанию закона) иную концепцию перехода прав, которая принята в странах романской правовой семьи (Франция, Бельгия, Италия) и которая иногда именуется «принципом противопоставимости». Смысл этой концепции заключается в следующем. Право на имущество возникает в силу простого факта заключения договора (т.е. в силу автономии воли сторон) — внесение же записи в реестр служит лишь способом оглашения результатов сделки в виде перехода права. Те, кто знает о сделке, — в первую очередь, это сами стороны сделки, а также те лица, которые знают о ней из реестра или (если оглашения сделки еще не состоялось) из иных источников, — связаны ее последствиями, должны рассматривать покупателя как собственника. Иными словами, при последовательном проведении принципа противопоставимости для сторон сделки собственность переходит в момент совершения сделки, а для большинства иных лиц — с момента внесения записи о сделке в реестр.

Здесь уместно заметить, что принцип противопоставимости во Франции хорошо работает по той причине, что регистрации подлежат не права на недвижимость, а сделки с ней, и реестр ведется не по объектному критерию (см. выше комментарий к принципу специалитета), а по субъектному критерию (по сторонам совершенных сделок). При такой технике организации и ведения реестра принцип противопоставимости кажется вполне уместным. В России же с *de facto* заимствованной из Германии системы пообъектной регистрации прав такой подход приведет к «раздвоению» собственности (для сторон сделки собственность переходит в один момент, для всех третьих лиц — в другой), что приведет лишь к сложностям и путанице для оборота и в итоге к повышению издержек участников сделок с недвижимостью. Возникает феномен «относительной собственности»: для одних лиц собственность уже считается перешедшей (обремененной и т.п.), а соответствующее зарегистрированное право — измененным или прекращенным, а для других вещные права сохраняются в том состоянии, которое отражено в реестре. Однако российскому праву доктрина относительной собственности неизвестна; более того, сама эта идея кажется сомнительной с учетом общепризнанной квалификации права собственности как абсолютного (т.е. противопоставимого абсолютно всем) права. Таким образом, даже исходя из простой формальной логики, «относительная собственность» не может являться правом собственности, потому что она по своим квалифицирующим признакам не соответствует признакам права собственности.

Примечательно, что в сфере государственной регистрации сделок с недвижимостью (договор аренды недвижимости, договор участия

в долевом строительстве) принцип противопоставимости зарекомендовал себя замечательно: в частности, проведя его в жизнь, ВАС РФ решил проблему отношения сторон по сделке, которая не прошла государственную регистрацию, признав, что для сторон сделки ее правовые последствия наступают с момента выражения ими согласованной воли на совершение сделки. Впоследствии принцип противопоставимости добросовестным третьим лицам сделок, подлежащих государственной регистрации, но не прошедших ее, был закреплен в п. 3 ст. 433 ГК РФ и подтвержден в Постановлении Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49. Но применение такого подхода к случаям регистрации перехода права и возникновения обременений, а также изменения или прекращения регистрируемых прав вряд ли можно признать убедительным шагом.

Вернемся к п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Его детальный анализ показывает, что он не может рассматриваться как отказ от принципа внесения в пользу принципа противопоставимости.

Во-первых, в п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 речь идет о только недобросовестной ссылке на нерегистрацию. Таким образом, добросовестная ссылка стороны договора на то, что записи нет (и, стало быть, контрагент не собственник), вполне возможна. Например, заключен договор купли-продажи недвижимости, но регистрация перехода права не состоялась по причинам, связанным с продавцом. Тот, будучи записанным в реестр, платит налог на недвижимость и предъявляет соответствующую сумму покупателю как неосновательное обогащение. Покупатель на это возражает в том смысле, что он, покупатель, собственником так и не стал. И он прав, действительно не стал, так как по-прежнему не внесен в реестр недвижимости. Следовательно, поэтому он возмещать продавцу уплаченный им налог не обязан.

Во-вторых, в следующем же абзаце п. 3 Постановления от 23 июня 2015 г. № 25 ВС РФ весьма последовательно рассуждает о том, что момент перехода права иной, чем регистрация, может быть установлен законом. Таким образом, ВС РФ обсуждает классические исключения из принципа внесения. Однако принцип противопоставимости вообще не предполагает каких-то исключений по одной простой причине: он вообще придает записи правоподтверждающее значение (в системе внесения это возможно только при исключениях).

В-третьих, в п. 60 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 по-прежнему закреплена и не отменена правовая позиция о том, что покупатель, получивший владение

от продавца, не является собственником до момента записи. Постановлением Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 были внесены поправки в Постановление от 29 апреля 2010 г. № 10/22 (в частности, ВС РФ отказался от прежней правовой позиции о необходимости доказывания добросовестности приобретателя, введя презумпцию добросовестности). Если бы ВС РФ всерьез решил развернуть все право недвижимости в сторону принципа противопоставимости (хотя это очень странно с учетом того, что принцип внесения — это осознанный выбор законодателя), то он бы в первую очередь должен был отменить указанный пункт Постановления от 29 апреля 2010 г. № 10/22. Однако этого сделано не было.

В-четвертых, если бы ВС РФ поддержал противопоставимость не зарегистрированных в реестре прав, то деления на две ситуации (третьи лица и стороны сделки) не было бы — следовало бы просто разъяснить, что право возникает из факта совершения сделки, и тот, кто знает об этом, такой информацией связан, а остальные связаны данным правовым эффектом только с момента государственной регистрации. Собственно, то, что вторая ситуация (момент возникновения права для сторон сделки) описывается в разбираемом пункте Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 в негативном ключе (позитивное решение — а как же между сторонами сделки по общему правилу право на недвижимое имущество возникает — отсутствует), также говорит о многом. Собственно, раз в этом вопросе ВС РФ молчит, значит, надо просто взять и применить норму закона — п. 2 ст. 8.1 ГК РФ.

Таким образом, представляется, что отказа от принципа внесения в п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 все же не произошло. Кассационная практика коллегий ВС РФ также этот вывод подтверждает. В многочисленных делах и СКЭС, и СКГД ВС РФ придерживаются подхода, заложенного в п. 2 комментируемой статьи: по общему правилу право на недвижимое имущество возникает, переходит или прекращается с момента государственной регистрации этого права в реестре, следовательно, по общему правилу регистрация права в государственном реестре имеет правопорождающее (а не правоподтверждающее) значение (см., например, определения СКЭС и СКГД ВС РФ от 23 мая 2016 г. № 304-ЭС15-18474, от 14 августа 2017 г. № 306-ЭС17-3016(2), от 28 декабря 2016 г. № 308-ЭС16-12236, от 12 октября 2015 г. № 308-ЭС15-12123, от 22 января 2019 г. № 308-ЭС18-14220, от 30 июля 2019 г. № 4-КГ19-28, от 24 января 2017 г. № 78-КГ16-66). Кроме того, особое значение имеет и позиция КС РФ, признавшего, что без государственной регистрации право на имущество (которое

законодателем объявлено подлежащим регистрации) возникнуть не может (Постановление КС РФ от 10 ноября 2016 г. № 23-П).

Но как же тогда понимать и применять в конкретных спорах указанное разъяснение, закрепленное в Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25? Ответ на этот вопрос мы предложим ниже.

### ***2.5. Злоупотребление принципом внесения***

Как и практически любой другой правовой институт, принцип внесения может быть использован для обоснования формальной законности действий, которые по своему существу противоречат требованию добросовестного поведения участников гражданского оборота (п. 3 ст. 1 ГК РФ). Следовательно, в таких случаях эффект действия принципа внесения может и должен корректироваться нормой п. 4 ст. 1 ГК РФ, устанавливающей недопустимость извлечения выгоды из недобросовестного поведения.

Именно как корректор эффекта внесения следует рассматривать разобранный выше фрагмент п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25: лицо, участвующее в споре о праве на недвижимое имущество, не вправе недобросовестно ссылаться на отсутствие записи в реестре. Это означает, что если та или иная запись не была внесена в реестр в результате недобросовестных действий лица, ссылающегося на принцип внесения (либо лиц, связанных с ним), то правовой эффект принципа внесения не наступает.

Проиллюстрируем этот тезис на следующих примерах. Представим, что супруг приобретает у своего приятеля недвижимое имущество втайне от другого супруга, используя для его оплаты свой доход, также скрытый от другого супруга. Договор подписан до расторжения брака, денежные средства и владение недвижимостью были также переданы до расторжения брака. Однако переход права собственности на недвижимость был по согласованному решению сторон договора осуществлен после расторжения брака. Бывший супруг узнает об этом и обращается в суд с требованием о признании данной недвижимости общей совместной собственностью супругов. С точки зрения формального применения принципа внесения недвижимость не может являться совместной собственностью, так как она приобретена (запись о переходе права собственности была внесена в реестр) после прекращения брака. Однако очевидно, что это было сделано намеренно, с тем чтобы не допустить возникновения совместной собственности на имущество (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Такое поведение является недобросовестным, следовательно, супруг, скрывший покупку от другого супруга, не должен извлечь выгоду из формально законного, но недобросовестного поведения. Следовательно, недвижимость необходимо признать

общей супружеской собственностью, хотя формально она таковой не является. Для обоснования этого вывода как раз будет уместен п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25: в судебном споре супруг будет не вправе недобросовестно ссылаться на отсутствие записи в реестре (т.е. на то, что на момент расторжения брака запись о праве собственности этого супруга на недвижимость отсутствовала).

В одном из дел СКГД ВС РФ столкнулась с аналогичным казусом, и он был разрешен в пользу признания недвижимого имущества общей собственностью супругов (Определение от 16 июля 2013 г. № 5-КГ13-70).

Еще один пример. Представим, что был заключен договор купли-продажи недвижимости, покупатель уплатил цену, вещь была передана ему во владение. Однако от обращения (совместного с покупателем) в орган по государственной регистрации недвижимости продавец уклонился. Впоследствии покупатель узнает, что продавец передал право собственности другому лицу (например, по договору купли-продажи), и в реестре в качестве собственника сейчас указано оно. Если будет доказано, что второй покупатель связан с продавцом (например, является его аффилированным лицом) и потому не мог не знать о первой продаже, то действия продавца и второго покупателя должны рассматриваться как недобросовестные, следовательно, они не могут извлечь выгоду из своего поведения. Поэтому если в описанной ситуации первый покупатель предъявит иск к продавцу и второму покупателю о государственной регистрации перехода права (ст. 551 ГК РФ), доказав при этом все описанные выше обстоятельства, то ссылка продавца на отсутствие записи в реестре о его (продавца) праве собственности не должна приниматься судом во внимание. Суд со ссылкой на п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 должен удовлетворить иск первого покупателя.

### ***2.6. Проблема регистрационного разрыва***

При реализации принципа внесения следует учитывать и то, что подлинным основанием для изменения записей реестра о принадлежности недвижимости является частная воля правообладателей, но не воля чиновника регистрационного ведомства, вносящего запись в реестр.

В теории, для того чтобы подчеркнуть это, регистрационная система должна исходить из того, что право на недвижимость возникает при условии внесения записи в реестр со дня подачи заявления о внесении записи (а не со дня внесения записи в реестр). Помимо того, что такое решение кажется более удачным с догматической точки зрения, оно позволяет решить проблему так называемого регистрационного раз-

рыва — промежутка времени между подачей заявления о регистрации и внесением записи в реестр. Если в этот промежуток времени, скажем, имущество было арестовано по долгу продавца перед третьим лицом, то регистрация перехода права на имущество к покупателю кажется невозможной. Однако если исходить из того, что продавец и покупатель выразили волю на передачу недвижимости в момент подписания заявления о регистрации, и этот же момент является моментом возникновения права собственности покупателя (при условии последующего внесения записи в реестр), то оснований полагать, что арест должен препятствовать регистрации перехода права, нет.

Однако, к сожалению, действующий российский закон игнорирует ситуацию регистрационного разрыва, никак ее не регулируя. В п. 2 комментируемой статьи прямо указано, что право возникает с момента внесения записи в реестр. При этом наше законодательство (во всяком случае до момента принятия блока поправок в ГК РФ, регулирующих вещное право) не предусматривает «право ожидания», которое позволило бы защищать сторону сделки, ожидающую наступления правового эффекта от внесения записи, от негативных последствий, образовавшихся в период регистрационного разрыва. При этом в законодательстве о государственной регистрации недвижимости (ч. 2 ст. 16 Закона о государственной регистрации недвижимости) датой государственной регистрации права признается дата внесения записи в реестр. Из совокупности этих положений и следует исходить на практике при определении момента, с которого возникает право, подлежащее регистрации.

При этом косвенно возможность защиты покупателя в период регистрационного разрыва может быть выведена из п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59, где приводится пример судебного спора, в котором было признано, что арбитражный суд не вправе обязывать регистратора внести запись о переходе права собственности (в чем сторонам сделки было отказано) с указанием иной даты, чем фактическая дата регистрации, но в то же время было продемонстрировано, что арест имущества продавца, наложенный в период регистрационного разрыва, не препятствует государственной регистрации перехода права собственности. Несмотря на то что в деле, приведенном в указанном пункте обзора, обращено внимание на то, что арест был наложен на имущество продавца после незаконного отказа регистратора в переходе права собственности (отказ был обусловлен якобы имевшимися недостатками в документах, поданных на регистрацию; суд счел данные аргументы регистрирующего органа незаконными), это не должно менять общий принцип: обратившись

с заявлением о государственной регистрации перехода права, продавец и покупатель уже выразили волю, направленную на распоряжение имуществом. Следовательно, арест, наложенный в период регистрационного разрыва на имущество продавца, не должен иметь последствий для добросовестного покупателя.

Любопытно, что решение этого казуса через введение права ожидания – как вещного права, наделяющего его обладателя правом приобретения вещного права на имущество, – будет таким же: в связи с тем, что право ожидания покупателя будет старше, чем обеспечительный арест (являющийся по своей природе правом залога), обладатель этого права (покупатель) будет пользоваться защитой от прав, обеспеченных арестом.

Так или иначе, проблема регистрационного разрыва действительно требует своего решения или на уровне изменений закона, или в рамках судебной практики. При этом некоторые попытки судебной практики создать аналог права ожидания уже усматриваются. Так, в одном из дел, в котором оценивалось правовое положение залогодержателя прав по договору строительной аренды земельного участка, СКЭС ВС РФ (от 14 августа 2017 г. № 306-ЭС17-3016(2)) признала, что несмотря на то что государственной регистрации права на здание, построенное на таком участке, еще не произошло и здание как самостоятельная недвижимая вещь отсутствует, тем не менее «во избежание негативных последствий пропуска срока на предъявление кредиторами требований (абзац третий пункта 1 статьи 142 Закона о банкротстве) и реализации статуса залогового кредитора (пункт 4 статьи 138 Закона о банкротстве), суд вправе признать требования кредитора обеспеченными залогом на незарегистрированный объект, в отношении которого представлены достаточные доказательства соответствия его признакам объекта недвижимого имущества (без учета регистрации)». В данном деле было признано фактически наличие права ожидания возникновения ипотеки в отношении физически существующего, но еще не введенного в гражданский оборот в качестве недвижимой вещи здания.

### **2.7. Ограничения**

Запись в реестре может породить только права, регулируемые частным правом (право собственности и ограниченные вещные права, обременяющие имущество). Публично-правовые ограничения права собственности хотя в некоторых случаях и фиксируются в реестре (например, сведения о том, что земельный участок полностью или частично расположен в границах зоны с особыми условиями использования территории или территории объекта культурного наследия, границах публичного сервитута, включая ограничения по использованию земельного участка,



установленные для такой зоны, территории или в связи с установлением публичного сервитута (см. ч. 5 ст. 8 Закона о государственной регистрации недвижимости)), однако они возникают не в связи с внесением их в реестр, а в связи с изданием уполномоченным государственным органом акта, установившего соответствующее ограничение. Таким образом, внесение в реестр публично-правовых ограничений не является правоустанавливающим действием. Строго говоря, публично-правовые ограничения права собственности будут действовать в отношении частных лиц и при отсутствии их в реестре (при условии, разумеется, если акт публичного органа, установивший ограничение, соответствует по форме и содержанию закону).

Однако наличие или отсутствие в реестре информации о публично-правовых ограничениях все-таки может иметь значение при определении добросовестности действий частных лиц. Так, например, в новой редакции ст. 222 ГК РФ (абзац второй п. 1) предусмотрено, что постройка не может быть признана самовольной, пусть даже она и возведена или создана с нарушением установленных в соответствии с законом ограничений использования земельного участка, если застройщик не знал и не мог знать о действии указанных ограничений в отношении принадлежащего ему земельного участка.

### **3. Основание записи. Соотношение основания записи и юридического последствия записи в реестре**

В российском праве запись в реестре сама по себе не порождает право. Для того чтобы право возникло, ГК РФ требует (ст. 218) наличие действительного правового основания, с которым закон связывает возникновение соответствующего права.

#### ***3.1. Негативная и позитивная регистрационная система***

В зависимости от того, как связаны между собою запись, внесенная в реестр, и основание регистрации права (для системы, предполагающей только деклараторную регистрацию сделок, этот вопрос не является актуальным, так как она предполагает лишь оглашение совершенного волеизъявления), часто в науке выделяют два типа регистрационных систем: а) негативную и б) позитивную.

Несмотря на то что эти термины употребляются в юридической литературе довольно активно, утверждать, что они имеют общепризнанное содержание, вряд ли возможно. Скорее, они выражают некоторые идеалы организации регистрационной системы – в действительности же реально существующие системы регистрации прав, скорее, должны рассматриваться как тяготеющие к той или иной модели в большей или меньшей степени.

Негативная регистрационная система предполагает, что внесенная в реестр запись о праве будет иметь юридические последствия в виде возникновения соответствующего права лишь в случае, если основание, по которому было внесено право (сделка, акт государственного органа), является юридически действительным. Если в основании имеется порок (скажем, сделка является ничтожной либо она была признана недействительной судом), то запись не может считаться порождающей правовые последствия. Иначе говоря, запись завершает юридический состав, обуславливающий возникновение, изменение, прекращение, обременение или переход права, и без наличия достаточных правовых оснований запись сама по себе эти правовые последствия не порождает. Если правовые основания отсутствуют (например, сделка купли-продажи ничтожна, разрешение на строительство отсутствовало и т.п.), это означает, что записи реестра о принадлежности (изменении, прекращении, обременении или переходе) права расходятся с правовой действительностью, следовательно, реестр становится недостоверным. Недостоверность реестра в негативной регистрационной системе будет означать, в частности, что все лица, приобретшие по дальнейшим записям такой порочный титул, также не могут считаться правообладателями. Действительным же правообладателем должно считаться лицо, не внесенное в реестр, чье, например, право собственности вытекает из материально-правовых оснований. Это лицо имеет право требовать исправления реестра, с тем чтобы привести его (недостоверные) записи в соответствие с действительностью.

Например, А совершил отчуждение недвижимости Б, затем Б продал эту недвижимость В. Сделка между А и Б ничтожна или эффективно оспорена; это означает, что в негативной регистрационной системе Б не приобрел право собственности на вещь и, следовательно, в силу действия принципа *nemo plus iuris* не мог передать это право В. Значит, лицо В хотя и записано в реестр, но также не является собственником. Собственником по-прежнему является А, который может предъявить иск к В об исправлении реестра, который на практике облекается в форму иска о признании права собственности (и, разумеется, об отобрании недвижимости в порядке виндикации, если В получил владение).

Однако если последовательно и до конца проводить идею негативной регистрационной системы, то возникает резонный вопрос: а зачем она вообще нужна? Ведь лицо В, совершая сделку с лицом Б, наверняка полагалось на то, что раз лицо Б записано в реестр, то оно является собственником. Возможно, изучив документы, по которым лицо Б приобрело недвижимость (т.е. содержание договора А и Б),

лицо В могло бы установить наличие порока в титуле Б. Но тогда в регистрационной системе нет никакой нужды, раз ее организация подталкивает участников оборота к тому, чтобы проводить изучение оснований возникновения права друг у друга. Но здесь следует помнить, что как минимум в отношении оборота вещей право защищает добросовестного приобретателя (залогодержателя), который не знал и не мог знать о порочности титула. Запись в реестре вступает с идеей защиты добросовестного приобретателя в важный симбиоз. В рамках негативной регистрационной системы запись в реестре создает опровержимую презумпцию субъективной добросовестности приобретателя. Эта презумпция может быть опровергнута путем представления доказательств того, что приобретатель точно знал или должен был знать о порочности правового основания записи. В этом и состоит основная укрепляющая оборот функция регистрации.

В рамках негативной регистрационной системы доктрина субъективной добросовестности является активным инструментом защиты оборота: если будет установлено, что лицо В не знало и не должно было знать о пороке в титуле лица Б, то оно приобретает то право, запись о котором уже внесена в реестр. Крайне важно понимать, что в негативной регистрационной системе этим правом В по сути наделяет правопорядок, а не А (действительный собственник, который никакого волеизъявления в пользу В не совершал) и уж тем более не Б (который вообще не являлся собственником, а следовательно, не мог передать В собственность). Следовательно, право собственности возникает у лица В первоначальным (а не производным) образом. Лицо А, проигравшее спор добросовестному приобретателю (лицу В), сможет лишь взыскивать с лица Б стоимость утраченной недвижимости в порядке компенсационной реституции (п. 2 ст. 167 ГК РФ).

Позитивная регистрационная система предполагает, что запись, внесенная в реестр по волеизъявлению действительного собственника, всегда порождает юридический эффект, даже если основание, во исполнение которого была внесена запись (договор купли-продажи, ипотеки и пр.), является недействительным. Основой этой идеи является следующее предположение: раз собственник добровольно изъявил регистратору (в виде заполнения заявления о регистрации перехода права или обременения) волю, направленную на передачу (либо установление нового, ограниченного) титула другому лицу, то эта воля не может быть проигнорирована только потому, что основание, во исполнение которого эта воля была выражена, имеет какой-то порок. Записи, внесенные во исполнение распоряжения действительного собственника, должны порождать юридические последствия, а лица,

внесенные в реестр как правообладатели, должны признаваться таковыми.

Разумеется, собственник, совершивший волеизъявление, направленное на передачу права во исполнение порочного основания, в рамках позитивной системы имеет право потребовать возвращения права обратно иском о возврате неосновательного обогащения в натуре, т.е. фактически о совершении обратного распоряжения. (Здесь легко заметить принципиальную разницу с негативной регистрационной системой: в последней речь идет не о возвращении титула, а о погашении недостоверной записи и восстановлении правильной записи о собственности так, как будто бы она существовала всегда.)

Разрешим тот же пример с А, Б и В, но на этот раз уже в позитивной регистрационной системе. А продал недвижимость Б, по его заявлению был зарегистрирован переход права к Б. Если выяснится, что сделка между А и Б недействительна, то А имеет право потребовать исправления реестра путем возвращения ему права собственности от Б (в негативной системе исправление реестра будет заключаться в простом погашении записи о собственности Б и восстановлении записи о праве собственности А так, как будто А всегда был собственником). Однако если будет установлено, что к моменту предъявления требования А лицо Б уже совершило это отчуждение в пользу лица В, то А не сможет предъявить требование об исправлении реестра и возврате владения к лицу В. Это связано с особенностью позитивной регистрационной системы: лицо Б, будучи собственником, передало лицу В полноценную собственность на недвижимость. Лицу А останется лишь взыскивать стоимость вещи и в определенных случаях и иные убытки с лица В.

Легко заметить, что в позитивной регистрационной системе для решения данного казуса не было необходимости обращения к доктрине защиты добросовестного приобретателя — он был разрешен исключительно с опорой на особенности организации регистрационной системы. Позитивная система лучше защищает оборот и его стабильность, исключая случаи, когда недвижимость будет истребована у приобретателей, полагающихся на запись в реестре. Исчезает необходимость анализировать вопрос о том, должен ли приобретатель знать о пороке основания записи. На практике сложность и непредсказуемость разрешения споров о неосторожном незнании (вменяемом знании) при определении субъективной добросовестности в рамках негативной системы является основным дестабилизатором оборота недвижимости (ведь запись создает презумпцию, которая может быть опровергнута), а непроясненность стандарта должной заботливости вынуждает многих

осторожных покупателей, несмотря на запись в реестре, проводить сложные исследования чистоты титула, что не полностью, но во многом снижает практическую пользу в существовании реестра. В позитивной системе эта проблематика во многом теряет свое значение, обеспечивается надежность реестра и снижаются транзакционные издержки по проверке титула. Но отрицательной стороной позитивной системы является то, что она а) защищает доверие к реестру, даже если конечный приобретатель точно знал или со всей очевидностью мог знать о порочности правового основания записи (что может показаться не вполне справедливым), и б) ослабляет защиту прав изначального собственника.

Доведение идеи позитивной регистрационной системы до логического завершения можно увидеть в действующей в ряде стран системе Торренса: в отношении любого лица запись в реестре (неважно, по насколько порочному основанию она была внесена) всегда сама по себе и есть право на имущество.

Вопрос о достоверности реестра во многом предопределяется также тем, признает ли соответствующая правовая система доктрину абстрактных распорядительных сделок, которая известна, например, немецкому правопорядку. Эта доктрина предполагает а) аналитическое разъединение обязательственной сделки и волеизъявления, направленного на распоряжение имуществом, и б) введение принципа абстракции в отношении последнего, означающего, что порок обязательственной сделки не приводит непременно к пороку в сделке распорядительной. Результатом последнего как раз и является переход права собственности от одной стороны недействительной обязательственной сделки к другой (с возможностью требовать вещь обратно в собственность первой стороны по правилам о неосновательном обогащении). Если в стране признается абстрактность распорядительного волеизъявления, правовой эффект переноса собственности по общему правилу не зависит от пороков и недействительности обязательственного договора (купли-продажи, мены и т.п.), если тот же порок не распространяется на распорядительное волеизъявление или его не затрагивает иной порок. Это, в свою очередь, уменьшает количество ситуаций, при которых распорядительный эффект договора может быть поставлен под сомнение, а достоверность реестра опровергнута. В правовой системе с абстрактной распорядительной сделкой оборот и доверие реестру, даже если в стране действует негативная регистрационная система, защищены сильнее.

Очевидно и то, что разница между негативной и позитивной системами образуется в результате аннулирования сделки (т.е. в вышепри-

веденных примерах — сделки между А и Б). Чем сложнее в конкретном правопорядке признавать сделки недействительными, тем теоретически менее будет заметна разница между позитивной и негативной регистрационной системами. В практике подавляющего большинства европейских континентальных юрисдикций этой цели служит обязательное нотариальное удостоверение сделки с недвижимостью, которое позволяет радикально снизить риски оспаривания сделок, являющихся основаниями для внесения записей в реестр.

Подлинной позитивной регистрационной системой (в которой в большинстве случаев запись сама по себе воплощает право на имущество, действительность сделки для перехода права не имеет решающего значения и пр.) является уже упомянутая система Торренса, которая действует в ряде стран мира. Германская система, основанная на идее разделения сделки, порождающей обязательство произвести распоряжение, и распорядительного волеизъявления, обладающего абстрактным характером, формально является, скорее, негативной, но по сути по своим последствиям она близка к позитивной регистрационной системе. Да, запись в реестре будет скомпрометирована, если распорядительное волеизъявление будет поражено каким-либо юридическим пороком (например, оно будет совершено под влиянием насилия, угроз или обмана): в этом случае запись реестра не породит права на имущество и реестр будет недостоверным. Но признание в Германии концепции абстрактности распорядительной сделки и введение нотариального удостоверения как обязательственной сделки, так и распорядительного волеизъявления снижают число таких случаев практически если не до нуля, то крайне значительно, и реестр *de facto* столь же достоверен, как и в классической позитивной системе.

Возможна и такая модификация негативной регистрационной системы, при которой нотариальное удостоверение осуществляется лишь в отношении распорядительного волеизъявления (а не обязательственной сделки). Таков пример Нидерландов. Однако нидерландское право не знает доктрины абстрактности распорядительной сделки, что увеличивает зависимость достоверности реестра от действительности обязательственного договора, во исполнение которого совершается распоряжение (договора купли-продажи, дарения и пр.). Такая система является, скорее, негативной, но наличие нотариального удостоверения распоряжения резко снижает случаи изменения записей реестра помимо воли управомоченного лица, а добросовестный приобретатель на случаи выбытия имущества по воле управомоченного будет пользоваться защитой.

Как мы видим, существует множество различных вариантов организации пообъектной регистрационной системы на оси от абсолютно позитивной до крайне негативной. Чем ближе система к абсолютной позитивности, тем прочнее оборот, ниже трансакционные издержки и риски приобретения активов и принятия их в залог, а следовательно, выше цены на продаваемые активы и ниже процентные ставки по кредитам, обеспеченным залогом регистрируемого имущества. Но при этом чаще возникают ситуации, когда актив оказывается в руках недобросовестного приобретателя, знающего о порочности титула, и собственники менее защищены от риска утраты собственности без правового основания. И наоборот, чем ближе система к идеальной негативной, тем меньше защитный эффект реестра, менее надежен оборот, выше трансакционные издержки и риски для покупателей, ниже цены на продаваемые активы и выше процентные ставки, но более справедливо разрешаются споры с недобросовестными приобретателями (залогодержателями) и меньше вероятность утраты своих прав существующими собственниками. Законодатели и ученые пытаются найти разумный баланс между крайними решениями при организации регистрационных систем.

По мере убывания надежности данных реестра все регистрационные системы можно расположить в следующей очередности:

а) позитивная система, лишаящая собственника его имущества при изменении записи по подложным документам (т.е. без его истинного распорядительного волеизъявления);

б) позитивная система, при которой запись может быть оспорена, если волеизъявление собственника было сфальсифицировано;

в) негативная система с нотариальным удостоверением обязательственных договоров и распорядительных волеизъявлений и признанием принципа абстрактности последних;

г) негативная система с нотариальным удостоверением только распорядительного волеизъявления и признанием принципа абстрактности;

д) негативная система с нотариальным удостоверением обязательственной и распорядительной сделок, но без принципа абстрактности;

е) негативная система с нотариальным удостоверением лишь распорядительной сделки, но без признания ее абстрактности;

ж) негативная система без нотариального удостоверения как обязательственного договора, так и распорядительного волеизъявления и без признания принципа абстрактности;

з) негативная система, соответствующая описанию в п. «ж», но еще и без защиты добросовестного приобретателя или залогодержателя.

Как мы видим, все российские регистрационные системы (как в сфере недвижимости, так и в сфере исключительных прав и долей в ООО) относятся, скорее, к негативному типу (с вариациями от «д» к «ж»). Это связано с тем, что ГК РФ (в п. 1 ст. 167) объявляет в качестве общего последствия недействительности сделки полное отсутствие правовых последствий, которые желали ее стороны. Причем в сфере оборота недвижимости и оборота исключительных прав это крайнее проявление негативного характера регистрационной системы и фактически полное отсутствие защитных механизмов, повышающих достоверность реестра (нет принципа абстрактности и по общему правилу не признается необходимым нотариальное удостоверение сделок). В сфере регистрации прав на долю в уставном капитале ООО один защитный механизм имеется: это нотариальное удостоверение распорядительного волеизъявления отчуждателя и приобретателя доли, на основании которой вносится запись.

Кстати, именно такой подход доказал свою состоятельность: случаи оспаривания прав на доли в капиталах ООО в настоящее время крайне редки, чего не скажешь, например, об оспаривании прав на недвижимое имущество. Эта категория споров весьма масштабна, что напрямую связано с организацией регистрационной системы. Ситуация усугубляется тем, что в контексте исключительных прав до сих пор в судебной практике ВС РФ однозначно не признана концепция защиты добросовестного приобретателя регистрируемого исключительного права (по аналогии со ст. 302 ГК РФ), и негативный характер регистрации исключительных прав доходит до такого уровня выраженности, при котором реестр и учет в нем перехода прав вовсе не создают никакой защиты для оборота и теряют всякий смысл. Последнее вообще лишает систему регистрации какой-либо ценности. Назовем этот вариант «регистрационным абсурдом».

Таким образом, общий вывод относительно соотношения основания для внесения записи и правовых последствий, порождаемых записью, по действующему российскому праву таков: если запись внесена по воле собственника на основании недействительной сделки, то из-за порочности сделки или иного правового основания записи записанное право не считается возникшим, обремененным, прекращенным, измененным или перешедшим, а реестр является недостоверным, но субъективно добросовестные третьи лица, полагающиеся на реестр (возмездные приобретатели, залогодержатели), защищаются, и право собственности они приобретают (обременения в их пользу возникают), несмотря на порок в основании записи. Исключение, которое пока существует, скорее, по недоразумению, —



регистрация исключительных прав, где добросовестное доверие к реестру, по мнению некоторых ученых и судов, не защищается, — возможно, рано или поздно будет устранено. Необходимость анализа добросовестности приобретателя (залогодержателя) приводит к тому, что далеко не всякое доверие к реестру будет признано обоснованным. При этом существующая сейчас в судах практика вменения стандарта заботливости и осмотрительности приводит к тому, что многие приобретатели или залогодержатели, полагавшиеся на реестр, но не обратившие внимание на те или иные факты, которые могли бы указать на порочность титула, признаются неосторожными и посему субъективно недобросовестными и лишаются возможности положиться на данные реестра.

Главные инструменты минимизации рисков оспаривания записи, которые позволяют негативную систему приблизить по своему практическому эффекту к позитивной, — это, как известно, а) идея абстрактного распоряжения в российском праве и б) нотариальное удостоверение сделок-оснований или распорядительных волеизъявлений. Но они пока либо отвергаются законодателем (по причинам, содержательно не связанным с принципами устройства регистрационной системы: это или качество нотариального корпуса, или стоимость услуг нотариусов), либо реализованы фрагментарно. Единственная сфера, где можно было бы увидеть одновременное действие принципа разъединения и принципа абстракции, — это уступка прав, и то с опорой не на собственно нормы об уступке, а положения ст. 1106 ГК РФ, устанавливающие обязательство возвратить неосновательно приобретенное по недействительной сделке право (впрочем, такое толкование ст. 1106 ГК РФ не является общепризнанным и в основном отвергается в судебной практике). Нотариальное удостоверение же действует только в отношении оборота долей в ООО, но по общему правилу не признается необходимым для оборота недвижимости (кроме договоров ренты, сделок с долями в общем имуществе, сделок с имуществом несовершеннолетних и сделок с недвижимым имуществом, находящимся в управлении) или исключительных прав.

### ***3.2. Особенность нотариальных сделок***

Из приведенных выше рассуждений о негативном и позитивном характере регистрационной системы легко заметить, что надежность негативной регистрационной системы находится в сильной зависимости от «качества» сделок, на основании которых совершаются регистрационные действия. Традиционно считается, что самым лучшим способом снизить количество сделок с пороками (которые потом могут

стать основанием для оспаривания сделок и, как следствие, причиной недостоверности реестровых записей) является введение для таких сделок обязательной нотариальной формы. В связи с этим в целях повышения достоверности реестров Концепция совершенствования общих положений ГК РФ предполагала (п. 2.2.3 разд. I), что будет установлена обязательная нотариальная форма для всех сделок, на основании которых регистраторы вносят записи в реестры. Однако это предложение не было поддержано законодателем в ходе реформы ГК РФ, несмотря на то что сочетание обязательной нотариальной формы сделки и регистрации прав хорошо себя зарекомендовало в сфере государственной регистрации прав на доли в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью.

Тем не менее законодателем был совершен ряд шагов по увеличению привлекательности нотариальной формы сделки в сфере оборота недвижимости.

Во-первых, была введена возможность подачи нотариусом заявления о государственной регистрации перехода права собственности (п. 5 ч. 3 ст. 15 Закона о государственной регистрации недвижимости).

Во-вторых, в случае если сделка нотариально удостоверена, регистратор не осуществляет правовую экспертизу сделки (ст. 59 Закона о государственной регистрации недвижимости).

В-третьих, процедура государственной регистрации по нотариальным сделкам осуществляется быстрее, чем по сделкам в простой письменной форме (п. 9 ч. 1 ст. 16 Закона о государственной регистрации недвижимости).

В-четвертых, для нотариусов существует возможность электронного обмена документами с органом по регистрации (ч. 11 ст. 21 Закона о государственной регистрации недвижимости).

В-пятых, в ГК РФ была закреплена возможность использования депозита нотариуса для целей посредничества при исполнении сделок (п. 1.1 ст. 327 ГК РФ).

Кроме того, заметна тенденция постепенного увеличения числа сделок с недвижимостью, подлежащих обязательному нотариальному удостоверению. Например, из последних нововведений – обязательная нотариальная форма сделки по отчуждению или договора ипотеки долей в праве общей собственности на недвижимое имущество (за исключением ряда сделок) (ч. 1 ст. 42 Закона о государственной регистрации недвижимости); сделок, связанных с распоряжением недвижимым имуществом на условиях опеки, а также сделок по отчуждению недвижимого имущества, принадлежащего несовершеннолетнему гражданину или гражданину, признанному ограниченно

дееспособным (ч. 2 ст. 54 Закона о государственной регистрации недвижимости).

Остается только отметить, что согласно комментируемому пункту запись должна вноситься на основании нотариально удостоверенной сделки не только тогда, когда обязательность удостоверения установлена в законе, но и в случаях, когда сами стороны в своем соглашении устанавливают обязательность нотариальной формы.

### ***3.3. Заявительный характер регистрационной системы***

Из положений абзаца третьего п. 3 комментируемой статьи следует важный вывод о том, что государственная регистрация прав носит заявительный характер. Это означает, что появление в реестре записей, их изменение или прекращение возможны лишь по заявлению лиц, права которых внесение записи напрямую затрагивают (отчуждающей и приобретающей имущество стороны, сторон договора залога, сторон соглашения о сервитуте и т.п.). Буквально данная норма говорит о заявлении всех сторон сделки.

Иное может быть предусмотрено законом. Здесь, например, стоит упомянуть одно такое исключение: согласно п. 3 ст. 1232 ГК РФ при соблюдении определенных условий запись в отношении регистрируемых исключительных прав может быть внесена на основании заявления лишь одной из сторон сделки. Это положение выглядит несколько странно.

В случаях, когда это предусмотрено законом, само заявление о регистрации может подаваться в электронной форме. Так, например, п. 1 ст. 18 Закона о государственной регистрации недвижимости устанавливает возможность подачи соответствующих заявлений о регистрации в электронной форме в виде электронного документа, подписанного усиленной квалифицированной электронной подписью. Впрочем, после ряда громких скандалов, связанных с фальсификацией таких заявлений и лишением граждан записи о праве собственности на их недвижимые вещи в результате оформления такой подписи по подложным документам, в ст. 36.2 того же Закона были внесены изменения, установившие, что в случае с недвижимостью граждан внесение в ЕГРН записей на основании электронного заявления возможно, только если на основании ранее поданного заявления собственника-гражданина в ЕГРН была внесена запись о возможности в дальнейшем совершения регистрационных действий по его объекту на основании таких электронных заявлений.

Также согласно комментируемой норме при нотариальном удостоверении сделки запись может быть внесена на основании заявления лишь одной из сторон сделки, и в том числе через нотариуса.

### **3.4. Заявительная система и влияние судебных актов**

К исключению из заявительного характера регистрационной системы относится случай, когда внесение записи осуществляется на основании решения суда, вынесенного по иску одной из сторон (например, по ст. 551 ГК РФ). В этом случае судебное решение имеет волезамещающий характер (оно заменяет заявление стороны о внесении записей в реестр). Однако само по себе судебное решение о государственной регистрации (например, перехода права и обременения) не порождает право — последнее возникнет только после внесения записи в реестр.

От описанной ситуации следует отличать признание судом права на имущество. Это возможно в случае, когда истец обладает правом, признания которого он требует в судебном порядке, а ответчик отрицает наличие этого права у истца либо сомневается в его наличии. В этом случае в целях устранения правовой неопределенности обладатель права может требовать признания своего права в судебном порядке (п. 58 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Таким образом, в случае удовлетворения иска о признании права суд не создает право для истца, а подтверждает существующее у истца право. Впрочем, из этого правила есть исключения, когда вопреки своему названию иск о признании в действительности будет являться иском о преобразовании, т.е. нацеленным на установление права (например, именно таков иск о признании права собственности на самовольную постройку (ст. 222 ГК РФ)); однако в последнем случае удовлетворение иска также само по себе не порождает права на имущество — для его возникновения требуется государственная регистрация права в реестре на основании заявления истца, выигравшего дело.

Возвращаясь же к классическим искам о признании (т.е. искам о констатации существующих прав), необходимо понимать, что в условиях действия регистрационной системы (в первую очередь — в сфере права недвижимости) место для их применения довольно узкое. Во-первых, это возможно в отношении так называемых ранее возникших прав (т.е. прав, которые возникли до введения регистрационной системы). Во-вторых, иски о признании права возможны в отношении прав, которые возникли как исключения из принципа внесения. В-третьих, иски о признании права допускаются в отношении прав, записи о которых были незаконно исключены из реестра (например, запись о собственности на недвижимое имущество была погашена на основании подложных документов, но само имущество по-прежнему находится во владении собственника).

#### **4. Возникновение прав на основании закона**

Выше, в комментарии к п. 2, уже были проанализированы случаи, когда права, подлежащие регистрации, возникают не с момента внесения записи в реестр, а с момента, установленного законом. Из проведенного анализа следует, что изъятия из принципа внесения связаны или с юридической догматикой (например, переход прав в рамках универсального правопреемства, прекращение ипотеки вследствие действия принципа акцессорности, прекращение права в силу гибели вещи), или со стремлением законодателя защитить слабую сторону правоотношения (совместная собственность супругов, право члена семьи проживать в жилом помещении, возникновение права собственности на имущество в потребительском кооперативе).

То, что в описанных случаях изъятия из действия принципа внесения право на имущество возникает не в результате внесения записи в реестр, а вследствие наступления обстоятельств, предусмотренных в законе, не означает, что возникшие таким образом права не могут быть зарегистрированы. Их регистрация согласно комментируемой норме может быть осуществлена на основании заявления правообладателя или иного лица, для которого наступают соответствующие правовые последствия (например, если недвижимость погибла, запись о прекращении права собственности вносится по заявлению бывшего собственника). Такая регистрация будет иметь не правопорождающий (конститутивный), а правоподтверждающий (деклараторный) характер.

Комментируемая норма также устанавливает, что законом может быть предусмотрено и право других лиц, не являющихся правообладателем или теми, для кого соответствующие правовые последствия наступают, обратиться за государственной регистрацией. К лицам, которые могут обращаться за государственной регистрацией прав правообладателя, относятся судебные приставы (ч. 7 ст. 15 Закона о государственной регистрации недвижимости, ст. 66 Закона об исполнительном производстве). По заявлению пристава возможно осуществление государственной регистрации права, уже принадлежащего должнику, в отношении которого возбуждено исполнительное производство. Такая регистрация необходима для того, чтобы пристав мог осуществить принудительное отчуждение принадлежащего должнику имущества, которое будет невозможным, если право должника не будет предварительно внесено в реестр.

#### **5. Пределы правовой экспертизы у регистратора**

Как уже упоминалось (подп. «а» п. 1.6 комментария к настоящей статье), реестры прав основаны на принципе легалитета, означаю-

шего, что регистратор осуществляет правовую экспертизу оснований возникновения права, подлежащего внесению в реестр.

Что регистратор должен проверять, указано в комментируемом пункте. Это полномочия лиц, подавших соответствующие заявления, законность оснований для регистрации, а также наступление обстоятельств, в силу которых возникло право в исключение из принципа внесения. В остальном норма отсылает к другим нормам законов, которые могут устанавливать те или иные особенности проведения правовой экспертизы (например, в случае с недвижимостью это Закон о государственной регистрации недвижимости).

Также следует обратить внимание, что согласно комментируемому пункту, если запись вносится на основании нотариально удостоверенной сделки, по общему правилу проверка законности оснований для внесения записи не осуществляется, кроме случаев, указанных в специальных законах. Таких исключений в настоящее время в законах не установлено. Однако это не означает, что регистратор обязан провести безусловную регистрацию на основании нотариальной сделки. В частности, в регистрации права на основании нотариальной сделки может быть отказано, если сторона сделки не является лицом, уполномоченным на распоряжение имуществом (п. 1 ч. 1 ст. 26 Закона о государственной регистрации недвижимости) (например, лицо, обратившееся за государственной регистрацией перехода права в качестве отчуждателя, не записано в реестр в качестве собственника — таковым является другое лицо; однако этот пример не следует смешивать с ситуацией, когда продавец обязывается передать покупателю в будущем вещь, которая в будущем же станет его (продавца) собственностью; возможность заключения таких договоров прямо признается в п. 2 ст. 455 ГК РФ).

### ***5.1. Особенности экспертизы законности сделок и решений собраний на примере оборота недвижимости***

В отличие от Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, новейший Закон о государственной регистрации недвижимости содержит положения о пределах проверки регистратором сделок, являющихся основанием для внесения записей в реестр. В ст. 26 (п. 12 и 13 ч. 1) Закона о государственной регистрации недвижимости установлено, что в случае если сделка является ничтожной (либо признана недействительной судом), то соответствующее обстоятельство является основанием для приостановления процедуры государственной регистрации и последующего отказа в совершении регистрационного действия.

Долгое время практика Президиума ВАС РФ исходила из того, что регистрирующий орган вправе отказать в совершении регистра-

ционного действия, если он установит, что сделка, на основании которой было подано заявление, является ничтожной (Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2004 г. № 13238/03). Однако некоторое время назад эта практика была отчасти скорректирована. В одном из дел Президиум ВАС РФ ограничил право регистрирующего органа проверять наличие у арендатора, выкупающего недвижимое имущество в порядке так называемой малой приватизации<sup>1</sup>, права на выкуп (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 1018/11). Особый интерес это дело представляет и потому, что сделки, совершенные государственным (муниципальным) органом с лицом, не имеющим права на выкуп, самим же ВАС РФ квалифицируются как *ничтожные* (см. п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2009 г. № 134). Обосновывая свою позицию, высшая судебная инстанция сослалась на то, что определение наличия или отсутствия оснований для заключения договора купли-продажи с арендатором является прерогативой органа по управлению государственным (муниципальным) имуществом, но не регистрирующего органа. Таким образом, правовая позиция Президиума ВАС РФ по этому делу оставляет органу по регистрации по сути лишь право контролировать *соответствие закону условий, помещенных в текст договора, но не законность сделки в целом*.

Любопытно, что, несмотря на отсутствие прямого указания в законе о том, как регистратору следует рассматривать заявления о совершении регистрационных действий во исполнение оспоримых сделок, все же некоторые выводы на основе анализа соответствующих норм сделать можно.

Во-первых, обращает на себя внимание указание в п. 15 ч. 1 ст. 26 Закона о государственной регистрации недвижимости на то, что отсутствие согласия на совершение сделки является основанием для приостановления регистрационных процедур (и последующего отказа в регистрации) только в том случае, если в соответствии с законом отсутствие согласия является основанием для ничтожности сделки (а не для ее оспаривания).

Во-вторых, в соответствии с ч. 5 ст. 38 Закона о государственной регистрации недвижимости, в случае если согласие на совершение сделки отсутствует и в соответствии с законом такая сделка не счита-

---

<sup>1</sup> В соответствии с Федеральным законом от 22 июля 2008 г. № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

ется ничтожной, при совершении регистрационного действия в реестр вносится отметка об отсутствии согласия.

Таким образом, очевидна следующая тенденция: законодатель не рассматривает порочные сделки, которые являются оспоримыми (именно к числу таких сделок относятся сделки без согласия (ст. 173.1 ГК РФ)), как совершенно недопустимое основание для совершения регистрационных действий. Это соответствует догматическому взгляду на оспоримые сделки: до момента признания оспоримой сделки недействительной в судебном порядке она является действительной и считается порождающей именно те правовые последствия, на которые рассчитывают ее стороны.

Но следует ли генерализировать эту норму и делать из нее вывод о том, что предположение регистратора о наличии иных пороков сделки, в силу которых она является оспоримой, также не может препятствовать регистрации? Видимо, такой расширительный подход следует поддержать. Если сделка лишь оспорима, на момент регистрации она действительна, и регистратор не должен отказывать в регистрации, предвещая вопрос о возможном аннулировании сделки, который вправе решать лишь только та сторона, которая наделена законом правом на оспаривание.

Такой подход законодателя в целом может быть оценен как положительный, а прежняя практика регистрирующих органов, исходившая, например, из необходимости проверки отсутствия любых оснований для оспоримости сделки (в том числе проверки ее на предмет крупности и пр.), отвергнута.

Однако у разбираемого нынешнего подхода законодателя есть и недостатки. Так, например, иногда основания для оспаривания сделки очевидны для регистратора, поскольку они вытекают из содержания реестра. В частности, к таким случаям можно отнести распоряжение заложенной недвижимостью без согласия залогодержателя. Допускать регистрацию перехода права в данном случае будет означать обрекать данные реестра на заведомую недостоверность (так как с высокой степенью вероятности сделка, совершенная без согласия залогодержателя, будет оспорена последним). Примечательно, что именно этот случай стал предметом особого внимания законодателя (ч. 4 ст. 53 Закона о государственной регистрации недвижимости), установившего, что в отсутствие требуемого в соответствии с законом об ипотеке согласия залогодержателя государственная регистрация перехода права на недвижимое имущество не производится.

Помимо проверки сделок на предмет их ничтожности (или оспоримости) регистрирующий орган вправе также осуществлять проверку



договоров с точки зрения их заключенности. Это прямо признано, в частности, в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 (абзац четвертый п. 2). Прежде всего это касается случая отсутствия в договорах условий, которые в соответствии с законом для данного вида договоров считаются существенными (например, условие о цене в договоре купли-продажи недвижимого имущества).

К сожалению, в Законе о государственной регистрации недвижимости вообще никак не разрешается проблема регистрации прав на основании решений собраний (например, решения собраний собственников помещений в здании об отчуждении помещения, составляющего общее имущество). ГК РФ содержит положения о ничтожности и оспоримости порочных решений собраний (гл. 9.1). Представляется, что изложенные выше рассуждения о ничтожных и оспоримых сделках как основаниях внесения записей в реестр в полной мере применимы и к таким волеизъявлениям, как решения собраний (тем более что по своей природе решение собрания либо весьма близко, либо даже полностью совпадает с понятием сделки): если решение собрания ничтожно, то в совершении регистрационного действия должно быть отказано; если же решение собрания является оспоримым, то по общему правилу такое волеизъявление является действительным, и регистрационное действие, основанное на нем, должно быть совершено.

### ***5.2. Особенности экспертизы решений публичных органов***

Проблема правовой экспертизы решений публичных органов еще более сложная, так как в доктрине отсутствует хоть сколько-нибудь разработанная концепция деления недействительных ненормативных правовых актов государственных органов на те, которые не имеют юридической силы сами по себе, без решения суда (например, вынесены с очевидным нарушением компетенции), и те, которые утрачивают юридическое значение, только если в отношении них состоялось судебное решение о признании ненормативного акта недействительным. Квалификация актов государственных органов как «ничтожных» и «оспоримых» позволит проводить параллель между ними и недействительными сделками с точки зрения последствий наличия порока в акте (сделке) для цели совершения регистрационного действия. По ничтожным актам никаких регистрационных действий совершено быть не может; по оспоримым же регистрационные действия должны совершаться. Ничтожными актами должны считаться акты, изданные органом за пределами своей компетенции, а также акты, нарушающие законодательные запреты. Во всех иных случаях акты, не соответствующие закону, должны рассматриваться как оспоримые.

Еще больше запутывают суды положения ГК РФ, который, с одной стороны, устанавливает такой способ защиты гражданских прав, как «неприменение судом акта государственного органа, противоречащего закону» (ст. 12), а с другой (в ст. 13) — устанавливает, что «[н]енормативный акт государственного органа или органа местного самоуправления, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативный акт, не соответствующие закону или иным правовым актам и нарушающие гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, могут быть признаны судом недействительными». Сам же Закон о государственной регистрации недвижимости, между прочим, в п. 18 ч. 1 ст. 26 содержит правило о том, что государственная регистрация может быть приостановлена и впоследствии в регистрации может быть отказано, если «акт государственного органа или акт органа местного самоуправления, являющиеся основанием государственного кадастрового учета и (или) государственной регистрации прав, изданы вне пределов компетенции издавшего его органа и (или) подписавшего его лица».

Кроме того, следует помнить и то, что у регистрирующего органа в арсенале оснований для отказа в совершении регистрационного действия на основании акта государственного органа, который, по мнению регистратора, не соответствует закону, есть и такие основания, как: «форма и (или) содержание документа, представленного для осуществления государственного кадастрового учета и (или) государственной регистрации прав, не соответствуют требованиям законодательства Российской Федерации» (п. 7 ч. 1 ст. 26 Закона о государственной регистрации недвижимости); «представленные документы подписаны (удостоверены) неправомочными лицами» (п. 8 ч. 1 ст. 26 Закона о государственной регистрации недвижимости) и т.п. Все они также задействуются регистрирующими органами при отказе в регистрации права на основании незаконного, по их мнению, акта органа исполнительной власти.

Таким образом, проблема выявления органом по регистрации наличия либо отсутствия юридической силы у актов (в широком смысле этого термина — у сделок, актов государственных органов) до настоящего времени не решена ни в доктрине, ни в судебной практике. По всей видимости, решение должно быть одинаковым для всех видов актов и основываться на идее о принципиальной невозможности совершения регистрационных действий на основе ничтожных актов и принципиальной допустимости внесения записей во исполнение оспоримых актов. При этом также должна учитываться возможность регистрационного органа в некоторых случаях непосредственно

(т.е. исходя из данных ЕГРН) устанавливать нарушение закона при совершении акта и отказывать в совершении регистрационного действия.

Особенность государственной регистрации права на основании судебного акта уже отчасти обсуждалась выше (п. 3.3 комментария к настоящей статье). Здесь лишь можно добавить, что, несмотря на отсутствие в действующем Законе о государственной регистрации недвижимости нормы, аналогичной положению п. 1 ст. 28 прежнего Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, разумеется, орган по регистрации не вправе осуществлять проверку законности судебного акта (см. по этому вопросу п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 132, а также Определение СКЭС ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 307-ЭС17-13298). Однако при этом наличие судебного акта не освобождает заявителей от необходимости представления иных документов, требуемых для проведения государственной регистрации прав (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 132).

## **6. Публичная достоверность реестра**

Публичная достоверность — это самое важное качество реестра. Все прочие принципы регистрационного режима (внесения, открытости, легалитета) формируют базу для признания записей реестра о принадлежности прав на имущество, подлежащих регистрации, достоверными.

Публичная достоверность означает, что для третьих субъективно добросовестных лиц право на вещь, внесенное в реестр, равно как и отсутствие обременений в отношении недвижимой вещи, признается истинным. Обычно это свойство реестра именуют позитивной и негативной достоверностью. Позитивная достоверность означает, что права, записанные в реестр, считаются существующими; негативная — что отсутствие записей о правах в реестре дает основание для предположения об их действительном отсутствии. При этом можно заметить и то, что эта публичная достоверность складывается из двух свойств реестра — публичности (открытости третьим лицам) и презумпции его достоверности.

### ***6.1. Значение записи как презумпции принадлежности зарегистрированного права***

Из изложенных выше рассуждений следует, что в некоторых случаях реестр может быть недостоверным: «реестровая принадлежность прав» будет фиксировать, что правообладателем является одно лицо, но в действительности правообладателем будет другое лицо. Еще раз

повторим важнейшее правило: запись в реестре сама по себе не порождает права — это происходит лишь в результате соединения действительного правового основания и реестровой записи. Например, лицо, внесенное в реестр в качестве правообладателя на основании сфальсифицированных документов, не будет им являться в действительности, право по-прежнему будет принадлежать лицу, незаконно вычеркнутому из реестра<sup>1</sup>.

Для того чтобы такое возможное расхождение не уничтожало бы доверие к реестру, в предложении втором абзаца первого п. 6 комментируемой статьи сформулировано важнейшее правило, касающееся достоверности реестра: лицо, указанное в государственном реестре в качестве правообладателя, признается таковым, пока в установленном законом порядке в реестр не внесена запись об ином.

Обращает на себя внимание использованное законодателем выражение «лицо... признается... таковым [правообладателем. — Р.Б.]». В первоначальном проекте редакции ст. 8.1, принятом в первом чтении, содержалась более точная формулировка: «лицо предполагается правообладателем». Это означает, что законодатель допускает возможность расхождения «реестровой принадлежности прав» и действительной принадлежности прав на имущество (т.е. запись в реестре сама по себе не означает неизбежно, что право принадлежит зарегистрированному в реестре лицу). Кроме того, указание на возможность судебного оспаривания зарегистрированного права также подчеркивает то, что зарегистрированное в качестве правообладателя лицо может и не являться подлинным правообладателем. Оно *считается* таковым для тех, кто не знает и не должен знать о возможных пороках в правовых основаниях записи в отношении зарегистрированного в реестре права. Однако одной только добросовестности для сохранения за приобретателем записанного за ним права мало — закон выдвигает и иные требования к такому приобретению (об этом см. ниже).

Следовательно, добросовестно возмездно приобретший право от лица, зарегистрированного в реестре в качестве правообладателя, но в действительности таковым не являвшегося, сохранит записанное за ним в реестр право, если, конечно, порок в основании не сопрягается с выбытием имущества из владения помимо воли истинного собственника и (или) отсутствием добровольного волеизъявления о внесении записи об отчуждении права истинного собственника (см.

---

<sup>1</sup> Иной подход принят в регистрационной системе, называемой по имени ее создателя, — системе Торренса, которая принята в целом ряде стран общего права (Австралия, Новая Зеландия, почти все провинции Канады, часть штатов США и пр.), в которой запись и есть само право.

также абзац второй п. 2 ст. 223, ст. 302 ГК РФ). То же и в случае обременения зарегистрированного имущества залогом в пользу добросовестного залогодержателя: залог остается в силе, несмотря на то что впоследствии выяснится, что запись о праве собственности залогодателя некорректна и при этом истинный собственник утратил владение и (или) запись по своей воле (п. 2 ст. 335 ГК РФ).

Согласно комментируемому пункту зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке. Это означает, что исправление записей реестра в административном порядке по инициативе органа по регистрации либо по просьбе третьих лиц недопустимо. Лицо, не согласное с записями реестра, может обратиться в суд с иском, направленным на исправление реестра. К числу таких исков относятся иски о признании права собственности, иски о применении последствий недействительности ничтожной сделки, виндикационный и негаторный иски, иски о признании зарегистрированного права отсутствующим (см. п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Если при рассмотрении спора суд придет к выводу о том, что соответствующее право было внесено в реестр без должного правового основания, то иск подлежит удовлетворению, а записи реестра — исправлению.

Некоторое время назад возможность игнорирования записи в реестре о праве собственности на недвижимость следовала из положений ст. 222 ГК РФ, допускавшей административный снос самовольных построек (массовые примеры которых имелись на практике в Москве в 2016 г.). В настоящее время ситуация исправлена: в последнем абзаце п. 4 ст. 222 ГК РФ прямо запрещено принятие решения об административном сносе постройки, если право на нее зарегистрировано в реестре.

### ***6.2. Добросовестность. Стандарты добросовестности***

Добросовестность, при условии которой реестр (при наличии ряда иных дополнительных обстоятельств) будет иметь эффект публичной достоверности, должна быть понимаема в субъективном, а не объективном смысле (см. подробнее о разграничении объективной и субъективной добросовестности комментариев к п. 3 ст. 1 ГК РФ).

Наиболее известный пример субъективной добросовестности — это добросовестность приобретателя имущества от несобственника. Порок — отсутствие права у отчуждателя — делает невозможным приобретение права на имущество. Однако если об этом пороке приобретатель не знал и не должен был знать, то он при соблюдении ряда дополнительных условий достигает желаемых правовых последствий — приобретения права собственности, невзирая на пороки.

Формула добросовестности приобретателя, установленная в ст. 302 ГК РФ, содержит в себе два элемента: приобретатель признается добросовестным, если он не знал о том, что отчуждатель неуправомоченный, и *не мог* знать об этом. Таким образом, в понятие добросовестности законодателем вкладываются два значения. Первое из них — это вопрос о знании либо незнании конкретным лицом обстоятельств, связанных с наличием у отчуждателя прав на имущество, и их юридическая оценка. Понятно, что в реальном судебном процессе представление истцом доказательств, подтверждающих, что ответчик, приобретая вещь, знал о том, что он приобретает вещь от несобственника, вряд ли возможно. Поэтому наибольшее значение имеет второй элемент формулы добросовестности: приобретатель *не мог* знать о факте неуправомоченности отчуждателя, т.е. обсуждение того, имела ли в принципе у приобретателя возможность знать о неуправомоченности отчуждателя. Таким образом, стандарт «мог / не мог знать» предполагает возможность или невозможность вывода о неуправомоченности отчуждателя на основе тех фактов, которые в принципе теоретически могли бы оказаться доступны приобретателю.

Обращает на себя внимание то, что в комментируемой статье используется другое выражение — «не должен был знать». Это в большей степени соответствует отечественной законодательной традиции, в соответствии с которой второй элемент формулы добросовестности приобретателя обычно излагался как «не должен был знать».

Эта модель поведения представляет собой некий абстрактный шаблон разумного, осмотрительного поведения усредненного участника гражданского оборота, с которым сравнивается поведение конкретного приобретателя, ссылающегося на свою добросовестность. Формулировка «должен / не должен знать» явно тяготеет к тому, чтобы акцентировать внимание на таком аспекте поведения приобретателя, как совершение самостоятельных активных исследовательских действий, направленных на установление управомоченности отчуждателя. В этом смысле она устанавливает более жесткие требования к осмотрительности приобретателя, который не должен просто полагаться на записи реестра, но дополнительно должен (если это общепризнанный стандарт поведения участников соответствующих сделок) изучать, например, содержание правоустанавливающих документов на недвижимую вещь, из которых он мог бы сделать предположение о неуправомоченности отчуждателя.

Стандарт добросовестного поведения «должен был знать» основывается не на абстрактной возможности приобретателя узнать о проблемах правового титула контрагента, а на том, какова степень глубины

проверки правового титула отчуждателя, которую в обороте принято проводить при совершении такого рода сделок. Например, при совершении сделки между гражданами по поводу приобретения квартиры в доме типовой советской застройки глубина проверки титула контрагента одна, при приобретении 100%-й доли в обществе с ограниченной ответственностью, владеющем огромным офисным центром, глубина проверки будет другой.

Представляется, что распространение жесткого стандарта поведения на всех участников оборота (и коммерсантов, и граждан) вряд ли верно, ведь профессиональные навыки коммерсанта позволяют предъявлять к нему такие требования, которые не могут быть предъявлены к гражданину, соответствующими навыками не обладающему.

Вместе с тем неоправданно и смягчение требований к стандарту поведения коммерсанта, которое будет неизбежно, если ко всем участникам оборота применять более мягкий подход. По всей видимости, оптимальной будет все же дифференциация, учитывающая специфику соответствующего участника оборота.

Приведем такой пример. Из договора купли-продажи, на основании которого была внесена запись о праве собственности отчуждателя, приобретателю было бы очевидно, что отчуждатель приобрел недвижимость по заниженной цене незадолго до ее перепродажи. Это обстоятельство должно вызывать подозрения у покупателя, поэтому вступивший в такую сделку приобретатель считается поступившим легкомысленно, не так, как на его месте поступил бы разумный и осмотрительный участник оборота. Приобретатель доверился только выписке из реестра, свидетельствующей о праве собственности отчуждателя, не предложив тому дополнительно представить для ознакомления договор, на основании которого было зарегистрировано право собственности отчуждателя. Возникает вопрос: добросовестен ли приобретатель? В зависимости от требования к стандарту поведения ответ будет разным. Для коммерсанта, наверное, естественно было бы проверить не только то, имеется ли запись о праве собственности в реестре, но и то, каково было основание возникновения права собственности. Это связано с тем, что коммерсант должен быть более осмотрительным, так как ему приходится чаще сталкиваться со сделками, отклоняющимися от нормы. Для гражданина же вполне естественным является просто довериться реестру, так как его участие в обороте, как правило, ограничивается мелкими бытовыми сделками, поэтому ожидать от него повышенной осмотрительности было бы неправильно.

Несмотря на то что стандарт добросовестности задается общераспространенной практикой поведения участников оборота, на него

оказывает сильнейшее влияние судебная практика. Строго говоря, высший суд своей практикой может оказывать влияние на стандарты поведения участников сделок, признавая, что то или иное поведение является или не является добросовестным. Иными словами, стандарт добросовестного поведения очень сильно корректируется именно нормативным образом, который оказывается сильнее текущих социологических наблюдений за поведением участников оборота. Например, относительно недавно ВС РФ признал, что проверка устава контрагента не является необходимым элементом подготовки к совершению сделки (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Однако в сфере оборота недвижимости стандарт поведения, заданный ВС РФ в части оценки добросовестности граждан при приобретении ими жилых помещений, крайне высок. В Обзоре судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от добросовестных приобретателей, по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденном Президиумом ВС РФ 1 октября 2014 г., констатируется, что «[с]уды исходят из того, что о добросовестности приобретателя может, в частности, свидетельствовать ознакомление его со всеми правоустанавливающими документами на недвижимость, выяснение оснований возникновения у продавца недвижимого имущества права собственности, непосредственный осмотр приобретаемого имущества» (номер пункта не приводится, так как в Обзоре отсутствует нумерация). В более позднем Обзоре, утвержденном Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г., также отмечается, что «судами признаются разумными и осмотрительными действия, свидетельствующие об ознакомлении со сведениями из ЕГРП, подтверждающими право собственности лица, отчуждающего жилое помещение, выяснение наличия обременений, в том числе правами пользования лиц, сохраняющих право пользования жилым помещением, непосредственный осмотр жилого помещения, приобретение его по цене, приближенной к рыночной стоимости». И далее: «суд признал обоснованными доводы истца о недобросовестности приобретателя Ц., отметив, что покупатель сведениями о наличии записи в ЕГРП о праве собственности отчуждателя имущества не располагал, разумных мер для выяснения правомочий продавца на отчуждение жилого помещения не принимал, с правоустанавливающими документами на квартиру не знакомился, основания возникновения права у продавца на квартиру не выяснял, условия договора купли-продажи с продавцом не обсуждал, в его составлении не участвовал, непосредственный осмотр приобретаемого имущества не осуществлял» (номер пункта не приводится, так как в Обзоре отсутствует нумерация).



Таким образом, к сожалению, стандарт добросовестного поведения при приобретении имущества, право на которое зарегистрировано в реестрах (по крайней мере в части приобретения жилой недвижимости), сегодня не ограничивается простым изучением записей реестра о зарегистрированных правах и отметках (об отметках реестра см. ниже), а предполагает как минимум осмотр приобретаемого имущества и изучение содержания цепочки сделок, которая привела к приобретению недвижимости отчуждателем, а также иных правоустанавливающих документов потенциального отчуждателя, причем значение будут иметь в том числе положения этих документов (сроки перепродажи, цена покупки отчуждателем и пр.). Такое положение дел является неверным и фактически девальвирует значение публичной достоверности реестров, подталкивая приобретателей к проведению дорогостоящих юридических проверок. Вряд ли в юрисдикции, в которой введены регистрационные системы, это является разумным решением.

О том, на ком лежит бремя доказывания при установлении добросовестного или недобросовестного приобретения, см. п. 5.2 комментария к ст. 10 ГК РФ (данная норма закрепляет презумпцию добросовестности). Здесь мы лишь отметим, что судебная практика в последние годы склонилась к идее о том, что субъективная добросовестность приобретателя, полагавшегося на ЕГРН, презюмируется, если в суде не будет доказано иное. Так, в Обзоре судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от граждан по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденном Президиумом ВС РФ [25 ноября 2015 г.](#), было указано, что «[п]о спорам об истребовании квартиры из чужого незаконного владения обязанность доказывания недобросовестности приобретателя возлагается на истца». Тот же подход отражен в Определении СКГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. [№ 37-КГ16-10](#). С 1 января 2020 г. вступает в силу новая редакция п. 6 ст. 8.1 ГК РФ, в которой реализована данная идея.

### ***6.3. Иные условия защиты лица, доверившегося данным реестра***

#### ***(а) Возмездность***

По действующему ГК РФ публичная достоверность защищает только *возмездное приобретение* добросовестным лицом права (ст. 302 ГК РФ, п. 17 ст. 21 Закона об ООО). Наиболее распространенное объяснение этому заключается в том, что при «взвешивании» интересов собственника, утратившего свое имущество, и приобретателя, пусть и добросовестного, но приобретшего имущество безвозмездно, кажется справедливым приоритет отдать первым. Против этого часто возражают в том смысле, что с догматической точки зрения нет никакой разницы между возмездным и безвозмездным приобретением, так

как публичная достоверность реестра является следствием доверия к записям, оно, в свою очередь, не зависит от того, уплатил ли приобретатель вещи ее цену или нет.

Однако данное рассуждение, хотя и формально безупречное, не может быть оценено в отрыве от того простого обстоятельства, что публичная достоверность, защищая приобретателя, прекращает право действительного собственника, т.е. покушается на центральный элемент современного экономического уклада. По всей видимости, именно поэтому догматическая стройность конструкции публичной достоверности должна быть скорректирована с учетом того, понес или не понес приобретатель затраты на приобретение имущества.

Еще один очень интересный аспект возмездности приобретения заключается в том, что следует понимать под возмездностью. Фактическую полную оплату приобретенной вещи? Или приобретателю нужно оплатить более половины стоимости вещи? Или достаточно того, чтобы сделка, по которой была приобретена вещь, предусматривала условие о встречном предоставлении со стороны приобретателя?

Судебная практика ответила на этот вопрос следующим образом: возмездный приобретатель — только тот, кто полностью оплатил стоимость вещи (см. абзац второй п. 37 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Данное решение, хотя и не является тонким, позволяет избежать множества проблем практического свойства (например, не вполне понятно, чем приобретатель, который оплатил 49% стоимости вещи, хуже того, кто оплатил 51% от стоимости). Разумеется, и оно неидеально: например, следует ли считать приобретателя возмездным в ситуации, если он оплатил имущество путем выдачи отчуждателю собственного векселя со сроком платежа, который наступит через три года после приобретения недвижимости? По всей видимости, на эти вопросы должна будет отвечать будущая судебная практика.

*(б) Выбытие помимо воли*

Публичная достоверность реестра защищает приобретателя недвижимого имущества, *которое выбыло от его собственника не против его воли* (ст. 302 ГК РФ, п. 17 ст. 21 Закона об ООО).

В случае с движимостью признак «выбывшее по воле / без воли собственника» работает безотказно и эффективно, помогая разрешить коллизию интересов собственника и приобретателя на основе так называемой концепции наименьшего зла.

Однако в сфере недвижимости реализация этого принципа сталкивается с некоторым затруднением. В чем именно проявляется утрата собственником вещи против воли — в том, что его силой изгнали

из принадлежащей ему недвижимости (например, с земельного участка), или в том, что запись о праве действительного собственника была прекращена в результате подлога, или и в том, и в другом?

В связи с тем, что запись в реестре в отношении соответствующего имущества является внешней легитимацией управомоченности (т.е. тем же, чем владение является для движимых вещей), очевидно, что «утрата против воли» недвижимости, доли в уставном капитале ООО, исключительного права должна включать в себя *любую ситуацию, когда запись о праве действительного правообладателя была прекращена без его на то воли* (в первую очередь в результате подлога).

Представим себе, что после внесения в реестр записи о переходе права, основанной на подложных документах, тот, кто подделал документы — основания для внесения записи о прекращении права собственности у действительного собственника, при помощи силы лишил собственника владения его недвижимостью, соединив в одних руках «знак» права (запись в реестре) и владение вещью. Но, несмотря на то что приобретатель вещи от такого лица в описанной ситуации, скорее всего, будет добросовестным, было бы совершенно несогласным с чувством права и справедливости не защитить собственника, утратившего свое имущество.

Усложним ситуацию. Представим себе, что в реестр внесена поддельная запись, но владение вещью не захвачено. По всей видимости, в такой ситуации могут быть сомнения в первую очередь в добросовестности приобретателя, так как разъединение записи о праве и владения недвижимой вещью (причем в ситуации, когда владелец, скорее всего, себя полагает собственником) должно вызывать подозрения у потенциальных покупателей. Если же основания для возникновения такого рода подозрений у приобретателя отсутствуют (например, недвижимая вещь была передана в аренду, а арендатор на основании подложных документов добился внесения себя в реестр в качестве собственника), то собственник все равно должен быть защищен, так как для оборота недвижимости обстоятельства внесения записи в реестр имеют большее значение, чем характер приобретения владения вещью.

И, наконец, третья ситуация совсем проста для квалификации: владелец предлагает приобрести недвижимую вещь, не будучи ее собственником, но просто владея ею (например, захватив ее у действительного собственника). Здесь просто не будет повода для обсуждения добросовестности приобретателя, потому что в обсуждаемой ситуации запись о переходе права в пользу приобретателя никогда не будет сделана.

Пожалуй, наиболее сложной будет четвертая ситуация, в которой владение действительный правообладатель передал неуправомоченному отчуждателю добровольно (например, имущество было сдано в аренду), а запись в реестре была изменена помимо воли правообладателя (например, на основании подложных документов или под влиянием насилия). В этом случае имущество должно считаться выбывшим от собственника помимо его воли. Судебная практика также этот подход разделяет (Определение СКГД ВС РФ от 25 ноября 2008 г. № 50-В08-4).

В случае если имущество, права на которое подлежат регистрации, является бестелесным (доли в уставном капитале ООО, исключительные права), вопрос о том, что такое выбытие владения им помимо воли, обсуждать в принципе невозможно из-за отсутствия возможности фактически владеть им. Но здесь логично обсуждать добровольность совершения распорядительной сделки (абзац четвертый п. 11 ст. 21 Закона об ООО) либо подачи соответствующего заявления в регистрирующий орган об отчуждении или обременении права.

#### ***6.4. Защита лиц, приобретших ограниченные вещные права***

Принцип публичной достоверности реестра защищает не только приобретателей имущества от притязаний действительных собственников, но и лиц, в отношении которых неуправомоченное лицо установило ограниченное вещное право. Самый известный пример — это защита добросовестного залогодержателя (п. 2 ст. 335 ГК РФ), которая означает, что, в случае если неуправомоченное лицо установит залог в отношении чужого имущества, добросовестный залогодержатель все-таки приобретает ограниченное вещное право (право залога) в отношении вещи, за исключением случая, если имущество выбыло от собственника помимо его воли. При этом защита добросовестного залогодержателя организована по тем же принципам, что и защита добросовестного приобретателя: даже добросовестный залогодержатель не сохраняет залог на имущество, выбывшее помимо воли собственника (п. 2 ст. 335 ГК РФ). Возмездность же установления залога выражается в том, что залог обеспечивает, как правило, возврат кредита, выданного залогодержателем.

Теоретически мыслимо добросовестное приобретение и иных ограниченных вещных прав — сервитутов. Кроме того, с учетом правовой природы прав арендатора по договору строительной аренды (содержательно весьма близких к праву застройки), в отношении арендатора-застройщика (которому участок под застройку предоставило неуправомоченное лицо) также должна действовать защита, основанная на принципе публичной достоверности реестра.

### ***6.5. Защита добросовестного приобретателя или залогодержателя исключительного права***

К сожалению, до настоящего времени отсутствует практика на уровне высшей судебной инстанции, в которой положения ст. 8.1 ГК РФ о защите лиц, добросовестно пожившихся на записи реестра, получили бы применение в отношении исключительных прав.

Представляется, что с учетом того, что отношение судов к применению комментируемой статьи к регистрации исключительных прав в последние годы начало меняться в положительную сторону, появление такой позиции кажется исключительно вопросом времени. В противном случае само существование системы регистрации исключительных прав представляется совершенно бессмысленным.

## **7. Отметки реестра**

Эффективным инструментом, который позволяет защищать интересы правообладателей, тем или иным образом утративших запись в реестре, предотвратив возникновение для третьих лиц доверия к конкретным записям реестра, является отметка. В отличие от записей (содержащих информацию о правах лиц в отношении имущества), отметки содержат информацию о тех или иных фактах.

Действующее законодательство государственной регистрации прав на недвижимое имущество содержит довольно развернутые процедурные правила об отметках (гл. 5 Закона о государственной регистрации недвижимости).

### ***7.1. Отметка о возражении (протестация)***

Наиболее востребованной на практике является отметка о возражении против зарегистрированного права. Эта отметка вносится в реестр на основании заявления лица, право которого было зарегистрировано в реестре ранее, но к моменту обращения с заявлением было погашено. Такое лицо может полагать, что оснований для погашения его права не было (например, таким лицом является банк, полагающий, что запись об ипотеке в его пользу была погашена на основании подложной доверенности от банка — в действительности же ипотека не прекратилась).

Смысл отметки о возражении против зарегистрированного права заключается в том, чтобы создать для всех третьих лиц презумпцию знания о том, что записанные в реестр права могут быть оспорены. Внесение такой отметки не останавливает оборот недвижимости (эту функцию выполняет арест недвижимости по вещному иску).

Право на внесение отметки о возражении может быть реализовано ранее зарегистрированным в реестре лицом только однократно. Срок

действия такой отметки — три месяца. В течение этого времени правообладатель может или добиться обеспечительных мер суда в отношении недвижимости, или обратиться с заявлением о внесении в реестр отметки о судебном правопритязании.

Лицо, заявляющее о возражении, не должно подтверждать свои возражения какими-либо документами или доказательствами — достаточно лишь заявления (ст. 35 Закона о государственной регистрации недвижимости).

### **7.2. Отметка о судебном правопритязании**

Еще одним инструментом, при помощи которого разрушается эффект достоверности реестра, является отметка о правопритязании в отношении недвижимой вещи, заявленном в судебном порядке, которая вносится в реестр (ч. 2 ст. 37 Закона о государственной регистрации недвижимости).

Отметка не препятствует государственной регистрации перехода права на имущество, однако всякий приобретатель утрачивает возможность ссылаться на публичную достоверность реестра, так как правопритязания указываются в выписке, составляемой регистратором.

Отметка о судебном споре вносится регистратором в реестр на основании не только заявления лица, заявляющего о правопритязании, но и документов, подтверждающих факт возбуждения судом производства по делу (определения о принятии искового заявления).

Порядок погашения записи о судебном притязании законом не урегулирован. Однако простая логика подсказывает, что соответствующие отметки подлежат погашению после того, как судебный спор считается окончательно разрешенным (например, в иске лицу, заявившему правопритязание, было отказано, соответствующее решение вступило в силу и возможности по его обжалованию исчерпаны).

### **7.3. Иные отметки**

В соответствии с Законом о государственной регистрации недвижимости в реестр также могут быть внесены и иные отметки (ч. 3 ст. 9):

- о невозможности государственной регистрации права без личного участия правообладателя или его законного представителя;

- о признании правообладателя недееспособным, ограниченно дееспособным;

- о возможности представления заявления о государственной регистрации перехода, прекращения права собственности на объект недвижимости, принадлежащий физическому лицу, и прилагаемых к нему документов в форме электронных документов и (или) электронных образов документов, подписанных усиленной квалифицированной электронной подписью;

– об отсутствии согласия на совершение сделки, на основании которой в реестр были внесены записи о переходе права (установлении ограниченного вещного права) (ч. 5 ст. 38 Закона о государственной регистрации недвижимости).

#### **7.4. Иные реестры**

Как видно из предыдущего изложения, институт отметок о возражениях неплохо проработан в праве недвижимости; что же касается реестра юридических лиц, то действующий закон содержит некоторые правила о протестации. Речь идет о положениях п. 6 ст. 11 Закона о регистрации юридических лиц, согласно которым в реестр может быть включено указание на то, что записанные в нем сведения являются недостоверными: «В случае, если по результатам проведения проверки достоверности сведений, включенных в единый государственный реестр юридических лиц, установлена недостоверность содержащихся в нем сведений о юридическом лице, предусмотренных подпунктами «в», «д» и (или) «л» пункта 1 статьи 5 настоящего Федерального закона [об адресе юридического лица, его участниках и исполнительном органе. – *Р.Б.*], регистрирующий орган направляет юридическому лицу, недостоверность сведений о котором установлена, а также его учредителям (участникам) и лицу, имеющему право действовать без доверенности от имени указанного юридического лица (в том числе по адресу электронной почты указанного юридического лица при наличии таких сведений в едином государственном реестре юридических лиц), уведомление о необходимости представления в регистрирующий орган достоверных сведений (далее – уведомление о недостоверности).

В течение тридцати дней с момента направления уведомления о недостоверности юридическое лицо обязано сообщить в регистрирующий орган в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, соответствующие сведения или представить документы, свидетельствующие о достоверности сведений, в отношении которых регистрирующим органом направлено уведомление о недостоверности. В случае невыполнения юридическим лицом данной обязанности, а также в случае, если представленные юридическим лицом документы не свидетельствуют о достоверности сведений, в отношении которых регистрирующим органом направлено уведомление о недостоверности, регистрирующий орган вносит в единый государственный реестр юридических лиц запись о недостоверности содержащихся в едином государственном реестре юридических лиц сведений о юридическом лице».

Законодательство о государственной регистрации исключительных прав положений о каких-либо отметках, исключающих апеллярование к публичной достоверности реестра, не содержит.

## **8. Обжалование действий регистратора**

Отказ в государственной регистрации либо уклонение от регистрации могут быть оспорены в суде.

### **8.1. Предмет обжалования. Процедуры**

Эти дела, которые по своей природе являются административными (в них проявляется несогласие частного лица с действиями либо бездействием государственных органов, которое при этом не затрагивает других частных лиц), следует отличать от упомянутых выше споров об исправлении реестра. Исправление реестра в споре с государственным органом в рамках процедуры оспаривания действий регистрирующего органа, которое может затронуть интересы третьих лиц, недопустимо.

Дела об оспаривании действий (либо бездействия) регистрирующих органов рассматриваются по правилам гл. 24 АПК РФ либо по правилам КАС РФ (в случае если заявителем является гражданин). При этом следует иметь в виду, что споры, связанные с государственной регистрацией юридических лиц, относятся к исключительной компетенции арбитражных судов (п. 3 ч. 6 ст. 27 АПК РФ).

### **8.2. Различие с иными способами защиты**

Наиболее распространенная ошибка, возникающая на практике в связи с оспариванием действий регистратора, — это предъявление к регистратору требования о признании его действий незаконными в ситуации, когда в результате таких действий в реестр была внесена запись о принадлежности имущества другому лицу (либо установлено ограниченное вещное право). Правильным способом защиты в данном случае будет не признание действий регистратора незаконными (хотя они объективно действительно являются таковыми), а предъявление (в зависимости от ситуации) иска об истребовании имущества, иска о признании права либо о признании обременения отсутствующим. Ответчиком по такого рода искам будет лицо, чье право зарегистрировано в реестре (п. 56 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Это, разумеется, не означает, что собственник, добившийся, например, признания отсутствующей незаконно внесенной в реестр ипотеки, не вправе впоследствии в судебном порядке требовать признания действий регистратора, внесшего оспоренную запись, незаконными. Однако результат этого судебного спора будет иметь значение лишь для последующих отношений правообладателя и публичного органа по возмещению убытков, причиненных незаконными действиями регистратора.



## **9. Возмещение убытков**

Регистрационная система помимо функции легитимации правообладателей также может выполнять и компенсационную функцию.

### **9.1. Возможные модели компенсации**

Существуют две возможных модели организации компенсации: 1) модель ответственности регистратора и 2) модель возмещения потерь (*indemnity*).

Первая из них предполагает, что, в случае если лицо лишилось недвижимости, которое оно приобрело, положившись на данные реестра, это лицо имеет право потребовать от регистратора возмещения причиненных убытков. Однако здесь следует помнить, что регистратор отвечает а) за вину и б) в случае совершения им противоправных действий. Однако установить вину регистратора во внесении записей, оказавшихся впоследствии недостоверными, довольно непросто (для этого следует установить, что регистратор не мог не понимать, что он вносит в реестр записи, не соответствующие закону). Неправомерность действий регистратора означает, что следует доказать, что регистратор при совершении регистрационного действия нарушил закон.

Однако, в случае если соответствующая регистрационная система основана на идее внешнего легалитета, упрекнуть регистратора в том, что он внес в реестр недостоверный титул и тем самым совершил правонарушение, вряд ли возможно. Другое дело при полном легалитете, когда от регистратора требуется приложить максимальные усилия для того, чтобы самостоятельно выяснить, является ли записываемый в реестр титул действительным.

Таким образом, компенсационная функция реестра, основанная на идее об ответственности регистратора за незаконные действия, не представляется удачной для участников оборота в случае, если на регистратора не возложена функция по доскональной проверке оснований возникновения и перехода прав, подлежащих регистрации.

Намного более лояльна к участникам оборота недвижимости вторая модель, основанная на принципе возмещения потерь (*indemnity*). Она означает, что, внося запись в реестр, регистратор как бы возмещает пострадавшим лицам их потери в связи с тем, что право, записанное в реестр, действительно не принадлежит зарегистрированному в реестре лицу. Это, в свою очередь, означает, что в том случае, если указанный факт окажется недостоверным, и лицо, положившееся на реестр, утратит недвижимость, регистратор выплатит ему — просто в силу факта утраты — его стоимость по принципу «рубль за рубль».

Эта выплата не является ответственностью регистратора, так как тот, скорее всего, никаких виновных неправомерных действий не со-

вершал. Это некий аналог страхования, но без привлечения страховой компании; источником выплаты этого страхового возмещения являются фонды регистратора. Понятно, что при реализации второй модели — намного более дружественной для оборота — регистратору потребуется относительно большой фонд, из которого будут выплачиваться соответствующие платежи. Источником формирования такого фонда традиционно являются пошлины, уплачиваемые лицами, обращающимися за регистрацией. Также очевидно и то, что возможная существенность и частота выплат не могут не сказаться на размерах пошлин: они будут явно выше, чем в регистрационной системе, построенной на принципе виновной ответственности регистратора. Но это является следствием действия неумолимого экономического закона: одновременно и дешево, и надежно не бывает и быть не может.

Российская система регистрации прав в сфере недвижимости содержит примеры использования как механизма ответственности регистратора, так и механизма возмещения потерь. Иные регистрационные системы (регистрация прав на доли в капиталах ООО, регистрация исключительных прав) основываются исключительно на принципе ответственности.

### ***9.2. Основание ответственности***

Убытки, причиненные виновными действиями органа по регистрации, подлежат возмещению за счет казны Российской Федерации.

Регистратор отвечает за убытки, причиненные а) незаконным отказом в государственной регистрации прав на имущество, б) уклонением от государственной регистрации, в) внесением в государственный реестр незаконных или недостоверных данных о праве либо г) нарушением предусмотренного законом порядка государственной регистрации прав на имущество.

В одном из дел СКГД ВС РФ признала, что к числу убытков, которые гипотетически могут быть возмещены заявителю в случае незаконного отказа в государственной регистрации перехода права, относятся убытки, вызванные задержкой в перечислении продавцу недвижимого имущества его цены, обусловленной отказом в регистрации перехода права к покупателю (Определение СКГД ВС РФ от 1 ноября 2016 г. № 85-КГ16-11).

Таким образом, круг действий, за которые отвечает регистратор, довольно обширный, особенно с учетом ответственности за «нарушение предусмотренного законом порядка государственной регистрации прав». Уже только этого обстоятельства достаточно для того, чтобы констатировать наличие в российском праве широких оснований для привлечения регистратора к ответственности.

Однако на самом деле наиболее острый вопрос ответственности регистратора – вопрос определения вины регистратора в ненадлежащей правовой экспертизе – ни в ГК РФ, ни в Законе о государственной регистрации недвижимости не решен.

С одной стороны, проведение правовой экспертизы является компетенцией регистрирующего органа, а стало быть, и его обязанностью, установленной Законом о государственной регистрации недвижимости. Следовательно, нарушение этой обязанности, выразившееся в ненадлежащей правовой экспертизе, является основанием для привлечения регистратора к ответственности.

Но, с другой стороны, не вполне ясно, что такое ненадлежащая правовая экспертиза. Ведь регистратору, как уже упоминалось выше, недоступно исследование вопроса о дееспособности сторон, совершивших сделку; он не может контролировать соблюдение семейного законодательства (в части получения согласия супруга), корпоративного законодательства (в части одобрения сделки органом юридического лица); регистратор не имеет возможности проверить подлинность представленных на регистрацию документов. Следовательно, правовая экспертиза проводится только по документам, имеющимся у регистратора, и только за правильность этой экспертизы регистратор несет ответственность.

Косвенно это подтверждается формулировкой ч. 1 ст. 67 Закона о государственной регистрации недвижимости об ответственности регистратора за «несоответствие сведений, внесенных им в Единый государственный реестр недвижимости, представленным на государственный кадастровый учет и (или) государственную регистрацию прав документам, сведениям, за исключением сведений, внесенных в Единый государственный реестр недвижимости из других государственных информационных ресурсов». В предыдущем Законе о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (п. 3 ст. 31) формулировка об ответственности регистратора была более широкая: он отвечал за внесение в реестр «записей, не соответствующих закону, иному правовому акту, правоустанавливающим документам». Как легко заметить, основание ответственности регистратора в ныне действующем Законе значительно уже. При этом есть серьезные основания полагать, что в связи с тем, что в комментируемом пункте устанавливается ответственность регистратора за внесение «незаконных и недостоверных данных о праве», положения Закона о государственной регистрации недвижимости в данном вопросе противоречат ГК РФ и потому не подлежат применению. Впрочем, судебная практика по вопросу ответственности регистратора столь незначительна, что сделать

какие-то выводы о том, как понимают это противоречие суды, в настоящее время не представляется возможным.

Однако, как свидетельствует практика, число случаев, когда сделка признается недействительной и имущество изымается у приобретателя по обстоятельствам, которые могли быть выявлены в результате документарной правовой экспертизы, крайне невелико. В подавляющем большинстве случаев право собственности приобретателя оспаривается по причинам, которые находятся вне поля контроля регистратора.

Положения об ответственности за внесение незаконных записей также нельзя трактовать широко, ведь незаконность записи (либо погашения записи) может быть обусловлена разными обстоятельствами. Прежде всего, незаконность записи может проистекать из нарушения предписания закона. Например, закон запрещает совершение каких-либо сделок или действий, а регистратор из записей реестра или представленных документов должен был увидеть, что запрет закона нарушен, но орган по регистрации, несмотря на это, внес в реестр запись (либо погасил ее). Например, у регистратора имеются сведения о том, что суд запретил совершение регистрационных действий с недвижимостью в порядке мер обеспечения, однако он вопреки такому запрету зарегистрировал переход права к третьему лицу. За такие действия ответственность органа по регистрации, естественно, должна наступать, поскольку в описываемой ситуации он знал или должен был знать, что, изменяя записи реестра, он нарушает закон. Но в случае, если незаконность записи связана с тем, что запись совершена с нарушением прав или интересов третьих лиц, о наличии которых регистратор не знал и не мог знать, к ответственности он привлечен быть не может. Таким образом, ответственность за внесение незаконных записей или их погашение связана с возможностью регистратора распознать нарушение закона. Соответственно, по всей видимости, речь должна идти о специфическом содержании вины регистратора как условия привлечения его к ответственности.

Иллюстрацией изложенного является судебная практика, которая весьма узко понимает основания и условия привлечения органа по регистрации к ответственности за вред, причиненный внесением незаконных записей. Так, под виновным нарушением со стороны регистратора суды понимают такое нарушение, которое не было бы совершено, если регистратор, проявив должную осмотрительность и разумность, не совершил бы то регистрационное действие (не допустил бы бездействие), которое послужило основанием для возникновения убытков. Понятно, что в этом случае практика взыскания с казны убытков, причиненных ошибочными записями, не может быть широкой.

### ***9.3. Компенсационный механизм применительно к сделкам с жильем***

Весьма специфический способ компенсации установлен ст. 68 Закона о государственной регистрации недвижимости, предусматривающей, что физическое лицо — собственник единственного пригодного для постоянного проживания жилого помещения, который по не зависящим от него причинам не вправе его истребовать от добросовестного приобретателя, а также физическое лицо — добросовестный приобретатель, от которого было истребовано единственное пригодное для постоянного проживания жилое помещение, имеет право на выплату за счет казны Российской Федерации однократной компенсации за утрату права собственности на такое жилое помещение. Максимальная сумма этой компенсации составляет 1 млн руб., причем если вред, причиненный собственнику либо добросовестному приобретателю, составляет меньшую сумму, компенсация взыскивается в сумме, равной оценке вреда.

Из положений Закона о государственной регистрации недвижимости следует, что эта компенсация представляет собой не ответственность казны за действия регистратора (так как законность действий регистратора и его вина вообще не обсуждаются при рассмотрении спора о взыскании компенсации), а является случаем возмещения имущественных потерь гражданина. Именно к такому выводу пришел КС РФ (Постановление от 4 июня 2015 г. № 13-П), признавший положения прежнего законодательства о регистрации прав на недвижимое имущество (ст. 31.1 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, содержащей аналогичные правила) не соответствующими Конституции в той их интерпретации судами, которая обуславливала получение гражданами этой компенсации наличием основания для привлечения государственного регистратора к ответственности.

Нормы ст. 68 Закона о государственной регистрации недвижимости должны были вступить в силу 1 января 2020 г., до этого момента сохраняли свое действие положения ст. 31.1 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Однако в первоначальном виде ст. 68 Закона о государственной регистрации недвижимости в силу так и не вступит в связи с принятием гл. 10.1 этого же Закона, которая с 1 января 2020 г. будет содержать правила о выплате компенсации добросовестному приобретателю. В новых правилах сохранены принципы выплаты компенсации, близкие к институту возмещения потерь: не имеет значения, виновен ли регистратор в причинении убытков приобретателю, совершал ли он какие-либо неправомерные действия и пр., — значение имеет лишь тот

факт, что недвижимое имущество было истребовано у приобретателя, а его требование о возмещении вреда, предъявленное к неуправомоченному отчуждателю или иным лицам, не было фактически удовлетворено. Главная новелла заключается в том, что размер компенсации, предусмотренной новой гл. 10.1 Закона о государственной регистрации недвижимости, определяется исходя из суммы, составляющей реальный ущерб, либо, если соответствующее требование заявлено добросовестным приобретателем, в размере кадастровой стоимости утраченного жилого помещения.

Кроме того, обращает на себя внимание, что новое регулирование не предоставляет собственнику, лишившемуся жилого помещения вследствие отказа в иске к добросовестному приобретателю, возможности требовать такой компенсации. По всей видимости, это связано с тем, что собственник жилого помещения проигрывает виндикационный иск в связи с тем, что он утратил имущество в результате собственных волевых действий («выбытие по воле»). Поэтому он не заслуживает упрощенной компенсации от государства по модели возмещения потерь.

В других регистрационных системах (регистрация права на доли участия в капиталах ООО, регистрация исключительных прав) нормы, аналогичные разобранным положениям законодательства о государственной регистрации недвижимости, отсутствуют.

#### ***9.4. Возмещение убытков в контексте регистрации иных прав***

В отношении регистрации иных прав на имущество помещений, аналогичных правилам о возмещении потерь добросовестным приобретателям жилых помещений, нет. В этом случае ответственность регистратора строится по общим правилам деликтного права, регулирующего возмещение вреда, причиненного неправомерными действиями (бездействием) государственного органа.

### **10. Субсидиарный характер положений комментируемой статьи**

Как уже обращалось внимание во вступлении к комментарию к ст. 8.1 Кодекса, анализируемые положения о регистрационном режиме являются общими; при этом специальными положениями Кодекса могут быть установлены иные правила или последствия государственной регистрации прав. В первую очередь к числу таких положений следует отнести нормы части четвертой ГК РФ относительно государственной регистрации прав на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1232 ГК РФ). Несмотря на то что непосредственно после принятия поправок в ГК РФ, которые ввели в Кодекс комментируемую статью, судебная практика сопротивлялась применению по-

ложений ст. 8.1 ГК РФ к исключительным правам, в настоящее время, хотя вопрос однозначно и не решен в практике ВС РФ, судя по всему, складывается консенсус в вопросе о необходимости применения ст. 8.1 ГК РФ к регистрации исключительных прав.

### Дополнительная литература

*Бабкин С.А.* Основные начала организации оборота недвижимости. М.: ЮрИнфоР, 2001.

*Базанов И.А.* Вотчинный режим в России: Его происхождение, современное состояние и проект реформ. Томск: Тип.-лит. Сибирск. т-ва печатн. дела, 1910.

*Бевзенко Р.С.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним: проблемы и пути решения // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 5. С. 4–30; № 6. С. 5–29; 2012. Т. 12. № 1. С. 4–34.

*Бевзенко Р.С.* Земельный участок с постройками на нем: введение в российское право недвижимости. М.: М-Логос, 2017.

*Бевзенко Р.С.* Регистрационный конструктор, или Как создать идеальную регистрационную систему? (К русскому переводу работы Р. Торренса) // Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 2. С. 202–225.

*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. Т. 7. № 4. С. 108–140.

*Кротов С.М.* Принципы ведения реестра прав на недвижимость в Германии, Австрии и Швейцарии // Закон. 2012. № 3. С. 166–171.

*Петров Е.Ю.* К вопросу о публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. М.: Статут, 2001. С. 220–233.

*Петров Е.Ю.* Конструирование правил оборота недвижимости. Принцип внесения прав на недвижимое имущество // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 3. К 80-летию С.С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 447–459.

Проект Вотчинного устава с объяснительною к нему запискою. Т. I. СПб.: Гос. тип., 1893.

*Самойлов Е.Ю.* Публичная достоверность в гражданском праве: теоретическая конструкция и условия использования института // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 4. С. 63–107.

*Торренс Р. Очерк о передаче прав на недвижимости методом двойной регистрации, действующим в британских колониях* // Вестник гражданского права. 2018. Т. 8. № 2. С. 227–265.

*Фрейтаг-Лоринговен А.Л.* Материальное право проекта Вотчинного устава. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1914.

*Simpson S.R.* Land Law and Land Registration. Cambridge University Press, 1976.

Transfer of Immovables in European Private Law / L.M. Martínez Velencoso, S. Bailey, A. Pradi (eds.). Cambridge University Press, 2017.

Transfer of Immoveable Property in Europe. From Contract to Registration / Ed. by A. Pradi. Cambridge University Press, 2012.

*Zevenbergen J.* Systems of Land Registration: Aspects and Effects. Netherlands Geodetic Commission, 2002.

## Статья 9. Осуществление гражданских прав

**1. Граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права.**

**2. Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом.**

### *Комментарий*

#### **1. Автономия воли при осуществлении гражданских прав**

В силу самой природы субъективного гражданского права и доминирующих в гражданском праве принципов автономии воли и диспозитивности субъективное право, принадлежащее лицу в силу источников права, условий сделки или иных оснований, осуществляется по усмотрению правообладателя. Это означает, что он сам решает, когда и как осуществлять его и осуществлять ли вообще. Это в полной мере вытекает из п. 2 ст. 1 ГК РФ (автономия воли), п. 1 ст. 1 ГК РФ (невмешательство в частные дела) и положений Конституции РФ о свободе экономической деятельности (ч. 1 ст. 8).

Речь здесь идет, во-первых, об относительных субъективных правах, которым корреспондирует некая обязанность конкретного другого лица (право требования по обязательству).

Во-вторых, свобода осуществления прав касается и вторичных (преобразовательных) прав одного лица на одностороннее порождение, изменение или прекращение своим волеизъявлением прав и обязан-



ностей другого лица (например, прав на отказ от договора, на зачет, на выбор в альтернативном обязательстве, на акцепт оферты и т.п.), а также примыкающих к ним возражений (например, возражений об истечении давности, о снижении неустойки и т.п.), в том числе посредством инициирования преобразовательного судебного иска о порождении, изменении или прекращении относительного или абсолютного правоотношения (например, расторжение договора в судебном порядке и т.п.).

В-третьих, автономия воли должна доминировать и в области осуществления абсолютных прав (например, права собственности, исключительного права и т.п.). Так, собственник сам решает, как ему использовать и использовать ли вообще принадлежащую ему на праве собственности вещь.

Сюда же относится и защита своего абсолютного или относительного права в случае его нарушения как посредством юрисдикционных способов защиты (например, взыскание убытков или неустойки, требование об исполнении обязательства в натуре, оспаривание порочной сделки, виндикация или предъявление негаторного иска и др.), так и в форме внеюрисдикционных механизмов (например, удержание, приостановление встречного исполнения, односторонний отказ от нарушенного договора и т.п.). Владелец права волен сам решать, какие из доступных ему в силу закона, сделки или иных правовых оснований средств защиты использовать в ответ на правонарушение и прибегать ли к защите своего в принципе.

Иногда неосуществление права может влечь для лица негативные правовые последствия (например, по требованию кредитора к должнику может истечь давность, и у должника появится эффективное возражение о пропуске давности). Но правообладатель свободен в осуществлении своих прав и, значит, свободен в том числе их не осуществлять с вытекающими в ряде случаев негативными для себя последствиями.

Закон, суды, иные органы власти или третьи лица не должны без серьезных конституционных и иных политико-правовых оснований вмешиваться в частные дела и ограничивать автономию воли правообладателя, принуждать его к использованию своего права или блокировать свободное осуществление права.

В то же время данная свобода не беспредельна. Ряд ограничений в рамках правового режима соответствующих прав устанавливает закон, или они могут следовать из обычаев. В таких ситуациях граница свободы очерчивается содержанием самого права. Ограничения свободы осуществления прав могут также устанавливаться в условиях сделки. Кроме того, не следует забывать и о таком универсальном ограничителе

свободы в осуществлении прав, как установленный в п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ запрет на недобросовестное осуществление права (злоупотребление правом). См. подробнее о последнем комментарий к п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ.

## **2. Отказ от осуществления гражданского права**

Из идеи автономии воли может вытекать, что правообладатель может свободно отказаться от своего права. Но так ли это на самом деле? В п. 2 комментируемой статьи установлено, что по общему правилу отказ от осуществления права не влечет прекращение права, если иное не установлено в законе. Как это положение следует понимать?

Для начала следует отграничить друг от друга несколько близких, но все же не идентичных правовых феноменов.

### **2.1. Отказ от правоспособности**

В силу п. 3 ст. 22 ГК РФ «[п]олный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом». Иначе говоря, закон лишает силы волеизъявления гражданина, которые направлены на ограничение потенциальной способности изъявителя воли иметь все или некоторые гражданские права и нести обязанности. В частности, право не должно придавать правовое значение абстрактным волеизъявлениям, в которых граждане лишают себя способности иметь имущество на праве собственности; наследовать и завещать имущество; заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельностью; создавать юридические лица или участвовать в капитале коммерческих корпораций; совершать любые не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах; избирать место жительства; иметь права автора произведений науки, литературы и искусства, изобретений и иных охраняемых законом результатов интеллектуальной деятельности; иметь иные имущественные и личные неимущественные права. Гражданин не может ни односторонним волеизъявлением, ни по соглашению лишить себя свободы и статуса правосубъектного лица, приняв статус раба.

То же в силу той же нормы п. 3 ст. 22 ГК РФ касается и попыток гражданина своей волей лишить себя дееспособности или ограничить ее. Такие волеизъявления ничтожны. Это значит, что ни соглашением, ни односторонним волеизъявлением взрослый гражданин не может перевести себя в режим ограниченно дееспособного или полностью недееспособного лица. Ограничение дееспособности или лишение дееспособности осуществляется исключительно по суду и при со-

блюденности объективных к тому предпосылок. Автономия воли здесь значения не имеет.

Что касается юридических лиц, то здесь ситуация несколько иная. Устав юридического лица может ограничить виды деятельности, которые вправе осуществлять юридическое лицо, а это значит, что учредители или участники организации могут своей волей ограничить ее правоспособность (ст. 49 и ст. 173 ГК РФ, п. 18 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8). Но за рамками случаев указания в уставе на ограничение правоспособности юридическое лицо не может ограничить свою правоспособность иным образом (например, в некоем соглашении с третьим лицом или в абстрактном одностороннем волеизъявлении). Лица, уполномоченные действовать от имени юридического лица, ограничить его правоспособность не могут — это могут сделать только участники (учредители) за счет включения соответствующих положений в устав.

## ***2.2. Негативное обязательство***

Стороны договора могут установить в договоре обязательство одной из сторон в определенных пределах не осуществлять некоторые из принадлежащих ей прав и свобод под угрозой привлечения к договорной ответственности (например, установить в договоре запрет на разглашение конфиденциальной информации, что в каком-то смысле ограничивает свободу слова, или обязательство не переезжать в другой регион до окончания спонсорского контракта, не инвестировать в те или иные предприятия или не выдавать поручительств по долгам третьих лиц до погашения полученного банковского кредита). Но такие договорные обязательства, стесняющие личную и экономическую свободу, должны быть ограничены во времени, экономически объяснимы, пропорциональны интересу кредитора и не противоречить основам правопорядка или нравственности (ст. 169 ГК РФ). При таких условиях принятие на себя такого негативного обязательства возможно. Эта идея отчасти отражена в п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147: здесь Суд указал, что условия кредитного договора, которые устанавливают обязанность заемщика воздерживаться от предоставления поручительств или своего имущества в залог по долгам третьих лиц до погашения кредита, не противоречат п. 3 ст. 422 ГК РФ и не означают ограничение правоспособности или дееспособности, так как действия, которые обязался не совершать заемщик, «в достаточной степени конкретизированы, а обязанность не совершать их — ограничена временными рамками», и при этом «принятие заемщиком на себя такого рода обязанностей было связано с получением им

имущественного блага — кредита, причем без предоставления какого-либо обеспечения».

Как правило, встречаются обязательства не осуществлять те или иные права в качестве дополнительной обязанности, сопровождающей некие основные обязательства по договору. Но, в принципе, свобода договора допускает и такую ситуацию, в которой подобное негативное обязательство будет выступать в качестве основного предоставления по договору. Например, дачник может договориться с соседом, который начал возведение дома на своем участке, о том, что тот будет воздерживаться от осуществления шумных строительных работ в обеденное время в обмен на некоторое ежемесячное денежное вознаграждение, которое компенсирует строящему соседу неудобства, связанные с задержками темпов строительства. Здесь мы имеем стандартную синаллагматическую связь двух встречных договорных предоставлений, одно из которых состоит в воздержании от осуществления своего права.

Подобные негативные обязательства не означают ограничение правоспособности и не означают отказ от права, и, если лицо решит проигнорировать свои обязательства, это будет нарушением условий договора, заключенного с конкретным партнером, и влечь договорную ответственность перед ним, но не будет означать неправомерность такого поведения лица в отношениях с третьими лицами. Например, в нашем примере с соседями, если сторона решила нарушить свои обязательства и не приостанавливать строительные работы в обеденное время, это ни в коей мере не делает ее нарушителем тех или иных административных или градостроительных правил. Другой пример: если сторона корпоративного договора, структурирующего создание совместного предприятия, обязалась не инвестировать в конкурирующие с совместным предприятием компании под угрозой уплаты большой неустойки или возникновения у пострадавшего партнера права принудительного выкупа пакета акций нарушителя в совместном предприятии (штрафной опцион), такое обязательство вполне законно, но оно не означает утрату соответствующей стороной своего конституционного права на свободу экономической деятельности (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ); поэтому, если эта сторона приобретет компанию, конкурирующую с их совместным предприятием, такое приобретение нельзя будет признать недействительным и неправомерным *erga omnes* — оно будет лишь означать нарушение относительного притязания конкретного пострадавшего партнера. То же касается и условий кредитного договора, запрещающего корпорации-заемщику отчуждать свои основные активы третьим лицам до погашения кредита: такое

условие не означает отказ от конституционного права свободного распоряжения частной собственностью (ч. 2 ст. 35 Конституции РФ), и сделка по отчуждению соответствующего актива по общему правилу (при отсутствии заведомой недобросовестности на стороне покупателя) не будет ничтожна<sup>1</sup>.

Если суд обнаруживает, что соответствующий договорный запрет нарушает запрет закона либо основы нравственности или правопорядка, он признает соответствующее условие договора ничтожным. Так, например, в силу п. 2 ст. 168 ГК РФ соглашение между двумя компаниями о разделе рынка, устанавливающее обязательство не понижать цены ниже определенного уровня, ничтожно как нарушающее антимонопольный запрет на картельные сговоры. Равным образом в силу ст. 169 ГК РФ ничтожно условие договора между разводящимися супругами, которое обязывает одного из них не вступать в будущем в брак под угрозой уплаты неустойки.

Если негативное обязательство не осуществлять то или иное право не противоречит закону или основам правопорядка или нравственности, оно действительно, и кредитор в случае его нарушения вправе привлечь нарушителя к договорной ответственности (например, взыскать убытки или установленную в договоре неустойку), а также применить к нему иные установленные в законе или договоре на случай нарушения обязательства санкции (например, отказаться от нарушенного договора в случае существенного нарушения, потребовать досрочного возврата выданного кредита).

Кроме того, в силу п. 6 ст. 393 ГК РФ «[в] случае нарушения должником обязательства по воздержанию от совершения определенного действия (негативное обязательство) кредитор независимо от возмещения убытков вправе требовать пресечения соответствующего действия, если это не противоречит существу обязательства»; при этом «[д]анное требование может быть предъявлено кредитором и в случае возникновения реальной угрозы нарушения такого обязательства». Возможность подачи такого иска о пресечении вытекает и из положений ст. 12 ГК РФ (см. подробнее п. 4 комментария к ст. 12 ГК РФ). Если ответчик, которому суд запретил совершение действий в на-

---

<sup>1</sup> Как представляется, в обоих приведенных выше случаях исключение (а именно возможность аннулирования договора на основании правил ст. 10 и 168 ГК РФ) допустимо только тогда, когда контрагент должника точно знал или со всей очевидностью не мог не знать, что заключение такой сделки для должника будет неизменно нарушением его негативного обязательства. Впрочем, контуры доктрины недобросовестной интервенции в чужие договорные отношения в российском праве только формируются. См. подробнее о судебной практике по данному вопросу комментарий к ст. 10 ГК РФ.

рушение негативного обязательства, все-таки их совершит, он может быть присужден к уплате судебной неустойки, если таковая была установлена судом по правилам ст. 308.3 ГК РФ, а также привлечен к публично-правовой ответственности за неисполнение судебного акта. Но поскольку негативное обязательство не означает отказ от осуществления права и не влечет прекращение самого права как такового, если ответчик все же вопреки судебному запрету такое право осуществил, это не будет означать отсутствие правового эффекта данных действий в отношениях с субъективно-добросовестными третьими лицами. Если правообладатель по договору франчайзинга в нарушение своих обязательств не открывать филиал в регионе, в котором он предоставил франчайзи эксклюзивную франшизу, и вопреки судебному запрету на продолжение действий по открытию филиала все-таки филиал зарегистрировал, сама регистрация не является недействительной, так как само право на открытие филиала не было усечено.

Наконец, в ряде случаев суд может по иску кредитора обязать должника, который совершил действия в нарушение негативного обязательства, восстановить положение, имевшее место до нарушения (см. подробнее п. 3 комментария к ст. 12 ГК РФ). Например, если собственник торгового центра, сдавший торговой сети в аренду помещение под размещение супермаркета на условиях эксклюзивности, обязался не сдавать в аренду в том же центре помещения иным торговым сетям, а затем нарушил свое обязательство, торговая сеть может потребовать по суду от арендодателя отказаться от второго договора (как минимум если у арендодателя имеется такое право по этому второму договору и восстановление положения находится во власти нарушителя). Но это опять же не стирает грань между негативным обязательством и отказом от права.

Выше было показано, что негативное обязательство не следует смешивать с отказом от права или его осуществлением. Но различие между негативным обязательством и отказом от права (или его осуществлением), как представляется, несколько стирается, если речь идет об обязательстве не осуществлять некое относительное право, которое один контрагент имеет в отношении другого. Если сторона договора приняла на себя обязательство не осуществлять некое относительное право в отношении самого контрагента (например, банк обязался не заявлять требование о досрочном погашении кредита в течение определенного срока, кредитор пообещал должнику не требовать от него уплаты неустойки), как представляется, попытка осуществить такое право вопреки такому обязательству должна натолкнуться на отказ в защите этого права по правилам ст. 10 ГК РФ. Видимо, в случае,

когда сторона договора обязуется не осуществлять то или иное право, которое у нее имеется в отношении контрагента по договору, такое обязательство можно приравнять к отказу от осуществления права или, смотря по контексту, даже окончательному отказу от права.

### **2.3. Отказ от права и отказ от осуществления права**

Выше речь шла о негативном обязательстве воздержаться от определенных правомерных действий, но такого рода обязательства не попадают в сферу применения п. 2 ст. 9 ГК РФ, который мы комментируем. Нас здесь в большей степени интересует ситуация, когда лицо, обладающее конкретным абсолютным или относительным правом, решает не связать себя обязательством такое право не осуществлять, а отказаться от этого права или его осуществления.

Комментируемая норма говорит об отказе от осуществления права и устанавливает, что такой отказ по общему правилу не прекращает само право, если иное не следует из закона; при этом отказ от права норма не упоминает. Что имеет в виду закон в данной норме?

Рассматриваемая норма крайне неудачна и вызывает обоснованную критику. Понять ее смысл крайне сложно. Выдвигаются разные интерпретации.

Выдвигается и нередко поддерживается судами следующая интерпретация: данная норма говорит не о пассивном неосуществлении права, а об отказе как некоем целенаправленном волеизъявлении и закрепляет идею о том, что по общему правилу обладатель права не может прекратить свое право по своей воле и имеет такую возможность только тогда, когда закон вспомнил об этом и указал прямо на такую возможность. Более нелепой интерпретации трудно себе представить.

Нам неизвестны примеры тотального запрета на отказ от гражданских прав в праве зарубежных стран. Существует огромное многообразие различных прав: от некоторых из них отказ должен допускаться, от некоторых иных — нет. Попытка индуцировать общее запретительное правило, допускающее отказ от права только в тех случаях, когда такой отказ допущен специальными нормами закона, — явно неудачное решение. Законодатель просто не в состоянии применительно ко всем правам, которые в силу принципов разумности и справедливости могут быть объектом правопрекращающего отказа, установить соответствующие исключения. Абсурдность такого прочтения закона особенно чувствуется, если вспомнить, что, как было отмечено в комментарии к п. 1 настоящей статьи, гражданское право основано на принципах автономии воли и диспозитивности, экономическая и личная свободы являются ключевыми конституционными свободами. Лицо вольно свободно распоряжаться своими правами, как осуществлять их, так

и отказываться от них, если реализация такой свободы не причиняет вред третьим лицам и обществу в целом и не должна блокироваться в силу иных очевидных политико-правовых оснований.

Поэтому данный подход следует решительно отвергнуть, тем более что сама комментируемая норма об отказе от права прямо не говорит.

Другие ученые и суды считают, что упомянутая норма, говорящая о сохранении права несмотря на отказ от его осуществления, означает, что лицо по общему правилу не теряет право в случае его пассивного неосуществления. Иначе говоря, по их мнению, отказ от осуществления права по смыслу данной нормы — это не некая сделка, волеизъявление, а просто неосуществление права.

Неосуществление права в течение того или иного времени само по себе право не блокирует и не прекращает, так как для этого просто нет правовых оснований. Бездействие в силу п. 3 ст. 158 ГК РФ, за исключением случаев, указанных в законе или договоре, сделочным волеизъявлением быть не может, и в законе как основание для прекращения права не указано, поэтому ни о каком отказе от права в форме его неосуществления речь не идет. Тем не менее, во-первых, обратное может быть предусмотрено законом (например, истечение срока давности в силу п. 3 ст. 199 ГК РФ влечет блокирование права на одностороннее осуществление притязания) или договором (например, п. 7 ст. 450.1 ГК РФ), и, во-вторых, в ряде случаев неосуществление права может повлечь блокирование права в силу принципа доброй совести и эстоппеля (см. подробнее п. 1.7 комментария к ст. 10 ГК РФ).

При таком прочтении получается, что рассматриваемая норма бессмысленна, поскольку закрепляет абсолютно очевидную и без нее истину. Преимущество такой интерпретации состоит в том, что она позволяет «обезвредить» нелепое правило п. 2 ст. 9 ГК РФ.

Возможна и еще одна интерпретация. Суть ее в следующем.

Комментируемая норма не запрещает отказ от права — она попросту о нем не говорит. Данная норма устанавливает, что отказ от осуществления права не прекращает последнее. Является ли «отказ от осуществления права» синонимом «отказа от права»? Как представляется, нет. При отказе от права лицо выражает свою волю на бесповоротную утрату своего права. При отказе от осуществления права право в принципе не прекращается, но блокируется в той или иной степени свобода в его осуществлении. Такой отказ от осуществления права можно увидеть, например, в следующих ситуациях.

Во-первых, лицо может иметь волю заблокировать свое право на время; в такой ситуации корректнее говорить не об отказе от права, а о временном отказе от осуществления права.



Во-вторых, об отказе от осуществления можно говорить и тогда, когда лицо отказывается не от права как такового, а от возможности его осуществления в той или иной форме.

В-третьих, отказ от осуществления права, а не от права как такового имеет место в ситуации, когда осуществление права в силу закона или условий сделки поставлено под условие возникновения некоего обстоятельства, но лицо в ответ на уже возникшее фактическое основание отказывается осуществлять право с сохранением возможности при повторном созревании соответствующих оснований осуществить это право.

В таких и подобных ситуациях, которые не связаны с бесповоротным отказом от некоего права, корректнее говорить не об отказе от права, а об отказе от осуществления права.

Иначе говоря, отказ от осуществления права — это волеизъявление, направленное на временное или иное ограничение свободы осуществления права без утраты права как такового.

Под отказом же от права логично понимать волеизъявление, направленное на бесповоротный отказ от имеющегося права, влекущий его прекращение.

Комментируемая норма говорит о том, что отказ от осуществления права последнее не прекращает, и это вполне логично, так как воля лица направлена не на бесповоротный отказ от права, а на то или иное ограничение в отношении его осуществления. О сделке отказа от права комментируемая норма молчит.

При таком прочтении закона п. 2 ст. 9 ГК РФ не ограничивает автономию воли и не запрещает отказ от права (вопреки распространенному суждению), а закрепляет вполне очевидную вещь: если лицо отказывается лишь от осуществления права (не заявляя при этом о бесповоротном отказе от права), это само право по общему правилу не прекращает.

Мы склонны поддержать именно такую интерпретацию.

Итак, управомоченное лицо может по общему правилу не только принять на себя обязательство право не осуществлять, отказаться от осуществления права на тот или иной период, в тех или иных формах или по определенным основаниям без прекращения права как такового, но и вовсе бесповоротно отказаться от права. Комментируемая норма, если верна наша интерпретация, ничего из этого не запрещает, а просто устанавливает необходимость различать отказ от осуществления права и отказ от права, уточняя, что, если воля правообладателя направлена на первое, это не означает второе (прекращение права). Но при этом указанные возможности могут блокироваться прямым

указанием закона или в силу существования права. Здесь требуется разобраться с каждым конкретным гражданским правом в отдельности. Попытки торопиться и индуцировать какие-то общие правила на уровне ГК РФ были бы неимоверной самонадеянностью.

Например, по общему правилу невозможен правопрекращающий отказ от неотъемлемых конституционных прав человека и гражданина. Лицо не может отказаться от своего права на свободу слова или вероисповедания и т.п. Эти права представляют собой элементы правоспособности человека. Индивид может свои конституционные права не осуществлять, но отказаться от них таким образом, чтобы лишиться себя этих неотъемлемых конституционных прав на будущее, вряд ли возможно. В каких-то случаях возможно принятие на себя негативных обязательств подобные права не осуществлять, если это не противоречит специальным законодательным запретам и основам правопорядка или нравственности (см. п. 2.2 комментария к настоящей статье), но отказ от таких прав с правопрекращающим эффектом вряд ли мыслим с учетом указанного в ч. 2 ст. 17 Конституции РФ неотчуждаемого характера таких конституционных прав.

Целый ряд специальных норм закона упоминают отказ от права или отказ от его осуществления. Это, например, п. 6 и 7 ст. 450.1 ГК РФ об отказе от осуществления прав, вытекающих из договора; ст. 415 ГК РФ о прощении долга; ст. 236 ГК РФ об отказе от права собственности; ст. 1157 ГК РФ об отказе от наследства; подп. 3 п. 1 ст. 188 ГК РФ об отказе представителя от полномочия; п. 2 ст. 250 ГК РФ об отказе от осуществления преимущественного права покупки доли в праве общей долевой собственности и целый ряд иных подобных норм. Очевидно, что закон может забыть упомянуть допустимость отказа от иных прав, применительно к которым такой отказ должен допускаться. Например, как будет показано ниже, данный пробел возникает применительно к бесповоротному отказу от исключительного права на нерегистрируемый объект интеллектуальных прав. Поэтому крайне важно, чтобы п. 2 ст. 9 ГК РФ не толковался как тотальный запрет на отказ от осуществления гражданских прав или бесповоротный отказ от них, ибо иначе во всех подобных не упомянутых в специальных нормах случаях мы столкнемся с отсутствием правового основания для свободного распоряжения своими гражданскими правами, что просто противоречит Конституции РФ и абсурдно.

При этом важно уточнить, что речь идет о правах гражданско-правовой природы. Отказ от прав, вытекающих из публично-правовых (например, налоговых, избирательных, пенсионных, уголовных) правоотношений, выходит за рамки настоящего комментария. Такие во-

просы должны обсуждаться в рамках литературы по соответствующим отраслям права. Нас же интересует лишь отказ от (осуществления) гражданских прав, т.е. прав, вытекающих из правоотношений, регулируемых гражданским законодательством.

Далее мы попытаемся проанализировать, как работает институт отказа от права (или от его осуществления) в контексте отдельных видов гражданских прав, держа в уме ту интерпретацию п. 2 ст. 9 ГК РФ, которая была выше озвучена. Из областей, смежных с гражданским, мы немного затронем лишь вопросы отказа от процессуальных прав (согласно ч. 3 ст. 4 АПК РФ и ч. 2 ст. 3 ГПК РФ «[о]тказ от права на обращение в суд недействителен»).

#### ***2.4. Отказ от обязательственного права требования (или его осуществления) и прощение долга***

При желании кредитора бесповоротно отказаться от своего обязательственного права требования он должен воспользоваться специальным институтом прощения долга (ст. 415 ГК РФ). Соответственно, здесь мы имеем прямое указание закона на возможность легитимно бесповоротно отказаться от своего субъективного права. В случаях, когда, например, кредитор заявляет должнику об отказе от своего права потребовать уплаты всего или части основного долга, начисленной неустойки или возмещения убытков, должны применяться правила о прощении долга: соответствующее требование считается прекращенным, если должник после получения соответствующего уведомления в разумный срок не заявит свое возражение. Иначе говоря, согласие должника с прощением долга подразумевается, но при несогласии ему следует его выразить.

##### ***(а) Прощение долга как распорядительная сделка***

Само прощение долга представляет собой распорядительную сделку, которая осуществляется в рамках соответствующего прямо выраженного или подразумеваемого соглашения. Часто прощение долга осуществляется в рамках конструкции дарения. Для этого, согласно российской судебной практике, следует установить намерение одарить (*animus donandi*), т.е. альтруистическую мотивацию кредитора освободить должника от долга из соображений любви, дружбы, милосердия, благотворительности и т.п. (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104). Если же кредитор прощает долг в обмен на какие-то уступки или преференции со стороны должника (т.е. встречное предоставление, которое выгодно кредитору и осуществляется за счет должника), то намерение одарить отсутствует и следует говорить о непоименованном договоре. Например, представим, что кредитор списывает должнику часть долга,

а в обмен по условиям соглашения должник идет кредитору навстречу при заключении нового договора по вопросу о цене; здесь налицо взаимные предоставления, пусть и специфического рода, и можно говорить о непоименованном синаллагматическом, обменном контракте. По сути, это позволяет говорить о том, что прощение долга происходит в рамках своеобразного экономического обмена, и договор следует считать синаллагматическим и возмездным.

Впрочем, если прощение долга будет осуществляться в обмен на передачу некоего имущества (например, кредитор прощает должнику долг в обмен на передачу права собственности на автомобиль), данная конструкция перестает принципиально отличаться от отступного. Если же в обмен на прощение одного созревшего денежного долга контрагент списывает встречный созревший денежный долг на ту же сумму, подобное соглашение начинает напоминать так называемый договорный зачет. Но подобная аналогия утрачивает свою убедительность, если взаимно прощаемые долги неравнозначны по сумме, неоднородны или носят несозревший характер; здесь мы имеем непоименованный способ прекращения обязательств по возмездному соглашению сторон.

Но не всегда прощение долга в корыстных интересах означает экономический обмен. Нередко выгода, которую преследует кредитор, не является следствием некоего имущественного предоставления со стороны должника. Например, если кредитор прощает должнику начисленную неустойку при условии, что должник в досудебном порядке погасит весь беспорный основной долг, дарения нет, так как кредитор преследует свой эгоистический интерес избежать долгих судебных тяжб, но нет и обмена, так как должник, погашая долг, исполняет свое ранее существовавшее и беспорное обязательство (Определение СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 305-ЭС16-12298). Исполнение должного вряд ли может быть описано как встречное предоставление. Когда кредитор получает некую выгоду от прощения долга, но эта выгода образуется не за счет должника, а носит побочный характер, мотив кредитора также не альтруистический (нет *animus donandi*), а сугубо эгоистический, но отсутствует признак обмена. По сути, здесь мы имеем особый непоименованный безвозмездный договор. Например, такая ситуация имеет место, когда кредитор прощает должнику долг не из добросердечия, а для того, чтобы не формировать те или иные резервы или получить те или иные налоговые выгоды.

Иначе говоря, прощение долга как распорядительная сделка может осуществляться в рамках:

- дарения (когда освобождение от долга предопределено благотворительным или иным подобным альтруистическим мотивом);
- непоименованного соглашения обменного типа (когда мотив освобождения должника от долга не альтруистический, а состоит в том, чтобы получить от должника или за счет него некое встречное предоставление);
- непоименованного безвозмездного договора (когда мотив освобождения от долга не альтруистический, и кредитор извлекает некую выгоду, но последняя не является результатом неких встречных уступок, осуществляемых должником в ущерб себе).

Когда речь идет о прощении долга в формате дарения или в рамках непоименованного безвозмездного освобождения долга, нередко какое-то письменное соглашение отсутствует, и на бумаге отражается лишь распорядительная сделка прощения долга. Тем не менее сам факт совершения распорядительной сделки прощения долга и согласия должника, которое в силу прямого указания в законе считается данным в случае молчания, свидетельствует о некоем соглашении. Задача суда – реконструировать правовую конструкцию договора, которую стороны имели в виду. Это может иметь важное практическое значение, поскольку в случае если такой договор будет определен как дарение, это потянет за собой серьезные правовые последствия.

Среди таких последствий и возможность применения правил ГК РФ о дарении. Данные правила, в частности, содержат (ст. 575 ГК РФ) запрет дарения между коммерческими организациями (а с учетом правила п. 3 ст. 23 ГК РФ этот запрет распространяется и на индивидуальных предпринимателей, если сделка связана с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности). Само это правило крайне спорно, но с учетом его наличия возникает риск квалификации прощения долга как ничтожной распорядительной сделки, ведь распорядительный правовой эффект не мог наступить, если сам договор-основание ничтожен в силу противоречия закону. Соответственно, квалификация прощения долга как происходящего в рамках модели дарения для отношений между коммерсантами приводит к фатальным результатам, если считать, что недействительность договора, структурирующего прощение долга, влечет ничтожность и самого прощения. Но разрешение этой ситуации зависит от того, является распорядительная сделка прощения долга каузальной или абстрактной.

Так все-таки является прощение долга как распорядительная сделка каузальной или абстрактной? Первое означало бы, что недействительность договора, в рамках реализации которого осуществляется прощение долга, повлечет автоматическую ничтожность и самого рас-

порядительного эффекта (т.е. отсутствие эффекта прекращения долга). Второе позволяло бы признать, что недействительность договора сама по себе не отменит эффект освобождения от долга, если распорядительная сделка не страдает самостоятельными пороками (например, пороками воли). Российский закон не дает ясного ответа на данный вопрос, но с учетом того, что абстрактность распорядительных сделок иного рода (передача права собственности на вещь или имущественного права на основании договора купли-продажи и т.п.) в российском праве пока отвергается, видимо, системные соображения подталкивают нас к выбору в пользу казуальной модели. Это, в частности, означает, что, если прощение долга осуществляется в рамках прямо выраженного или подразумеваемого договора дарения (т.е. предопределено альтруистическими мотивами) и речь идет о двух коммерческих организациях, ничтожность договора в связи с противоречием ст. 575 ГК РФ означает и недействительность эффекта освобождения от долга.

*(б) Прощаемый долг и его конкретизация*

По общему правилу простить можно как просроченный долг, так и возникший долг, по которому еще не наступил срок исполнения.

Простить можно как денежный, так и неденежный долг.

Простить можно как весь долг, так и его часть.

Основание для возникновения долга не имеет значения: простить можно как договорный, так и внедоговорный долг (например, по возмещению убытков, возврату неосновательного обогащения и т.п.). Спорный вопрос возникает в отношении возможности прощения долга в виде периодических выплат в счет возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью, а также об уплате алиментов. Есть точка зрения, что, по смыслу закона, такие требования не могут прекратиться иным, нежели исполнение, способом.

Требование (его часть), являющееся предметом прощения долга, должно быть определено с необходимой степенью конкретизации (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19 декабря 2006 г. № 11659/06).

В то же время из требования достаточной конкретизации вряд ли стоит выводить запрет на возможность простить долги, наличие которых может вызывать сомнения (спорных требований) или размер которых кредитор достоверно неизвестен. Единственное, что требуется, — это то, что кредитор допускает существование у него соответствующего требования в том или ином размере и выражает свою волю на отказ от него. Например, нередко кредитор направляет должнику, нарушившему договор, заявление об отказе от требований в отношении убытков или иных санкций в связи с допущенным нарушением, или стороны оформляют соглашение, в котором в обмен на ту или иную уступку кредитор заяв-

ляет об отсутствии у него дополнительных претензий к должнику. Это может квалифицироваться именно как прощение долгов, вытекающих из применения к должнику соответствующих мер ответственности (убытки, неустойка и т.п.). В момент выражения своей воли кредитор может не знать точную сумму возникших у него убытков (так как их размер может еще не кристаллизироваться с абсолютной точностью) или допускать, что должник может быть освобожден от ответственности по правилам ст. 401 ГК РФ, равно как и может не быть уверен в соразмерности установленной в договоре неустойки, а следовательно, в самом наличии у него требования и (или) его размере. Но все это не препятствует ему освободить должника от таких обязательств.

Возможно «оптовое» прощение всех требований кредитора к должнику без их точного перечисления. Например, покупатель прямо освобождает должника как от основного требования, так и от всех производных требований. Впрочем, здесь может возникать вопрос о том, допустимо ли освобождение должника от тех долгов, о которых кредитор не знал и не должен был знать в момент изъявления воли. Как представляется, если кредитор не знал и не должен был знать о существовании своего требования, его воля на прощение такого требования в рамках сделки «оптового» прощения не может подразумеваться. Из волеизъявления должно прямо следовать, что кредитор осознает возможность существования скрытых требований, освобождает должника и от них тоже (на случай их наличия). Например, если поставщик поставил покупателю товар с просрочкой, и покупатель заявляет продавцу об освобождении того от всех иных обязательств, вытекающих из договора (в частности, заявляет об отсутствии каких-либо претензий к поставщику), но в момент такого волеизъявления он не знал и не должен был знать о том, что в товаре содержится дефект, то, выявив его впоследствии, покупатель вполне может заявить продавцу требование о соразмерном уменьшении цены; такое требование, которое на самом деле имелось у покупателя сразу после поставки, не будут считаться охваченным волеизъявлением кредитора об отказе от требований, поскольку покупатель не знал и не должен был знать о существовании скрытого дефекта, и его волеизъявление не распространялось на возможные скрытые требования. Но в данном примере покупатель товара может заявить продавцу, что он пока не обнаружил скрытые дефекты в поставленном товаре, но отказывается от своего права предъявить продавцу те или иные требования, если дефекты вдруг обнаружатся. Отказ от требований, которые могут быть скрыты от самого кредитора, должен быть прямо и недвусмысленно выражен, чтобы у суда не было сомнений в отношении охвата заявленного отказа.

Еще один сложный вопрос возникает в отношении возможности простить будущий долг, т.е. долг, который еще не возник. Если речь идет о долге, возникновение которого поставлено под отлагательное правосудное условие (например, выплатить исполнителю ту или иную премию при условии достижения некоего результата) или условие права (например, долг по уплате убытков на случай нарушения договора в будущем), прощение представляется возможным. Оно будет касаться условного требования, находящегося в состоянии ожидания наступления условия. По сути, это не классическое прощение долга, а освобождение потенциального должника от состояния связанности и претерпевания возникновения долга в случае наступления условия. Например, кредитор может освободить должника от обязанности уплаты согласованной в договоре неустойки на случай, если в будущем произойдет нарушение договора должником. Но такая свобода должна признаваться в той степени, в которой само условное требование установлено в содержании сделки между кредитором и должником или в диспозитивной норме закона. Если такое требование вытекает из императивной нормы закона, предварительно выраженный отказ от него невозможен. Если нельзя в договоре согласовать исключение соответствующего требования, то невозможно осуществить и отказ от него на следующий день после заключения договора. От таких императивно установленных законом требований можно отказаться (простить долг по ним) только после наступления соответствующих условий для их возникновения (созревания).

Что касается будущего требования, для которого не существует даже правового основания в виде согласованного отлагательного условия, следует заметить, что невозможно распорядиться тем, чего еще нет. В данном случае нет ни требования, ни правоотношения ожидания наступления условия. Есть лишь гипотетическая возможность возникновения правового основания требования в будущем. Здесь корректнее говорить о сделке, исключающей само возникновение права. Это возможно, если существование такого требования не является императивным элементом соответствующего правоотношения, которое может возникнуть в будущем. Например, участники спортивного поединка могут договориться о том, что в случае причинения друг другу вреда здоровью действиями, совершаемыми в рамках спортивных правил, они не будут иметь друг к другу никаких претензий. В таком случае, если в ходе поединка один спортсмен пострадал, требование о возмещении вреда здоровью просто не возникает (п. 3 ст. 1064 ГК РФ). Видимо, как минимум при наличии такого соглашения нет смысла придумывать фикцию прощения долга, выраженного заранее и по-



ставленного под отлагательное условие его возникновения. Логичнее говорить о своеобразном соглашении об освобождении от ответственности *ex ante*.

*(в) Процедура прощения долга*

Застарелой проблемой российского частного права был вопрос о том, является ли распорядительная сделка прощения долга договором, заключаемым в результате встречных волеизъявлений обеих сторон обязательства, или односторонней сделкой, для совершения которой достаточно волеизъявления одного лишь кредитора. На первый взгляд кажется, что согласие должника в большинстве случаев не имеет значения, так как ему нет никакого экономического смысла возражать против прощения долга, и, соответственно, в целях экономии трансакционных издержек можно признать прощение долга односторонней сделкой. С другой стороны, не менее очевидно, что в ряде случаев должник может не желать прощения своего долга по каким-либо личностным или прагматическим соображениям (например, порядочный чиновник может не желать прощения ему долга со стороны банка, так как это может породить в обществе различные подозрения). Прежняя редакция ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., этот вопрос не проясняла.

Если между сторонами заключено соглашение о прощении долга с немедленным распорядительным эффектом, должник будет освобожден от долга в момент заключения такого соглашения, если более поздний момент не оговорен. Если заключенное соглашение наделяло кредитора правомочием простить, и должник таким образом выразил свою волю на прощение его долга, последний должен считаться прекращенным в момент получения должником уведомления о прощении долга (ст. 165.1 ГК РФ); возможности возразить против прощения у должника в такой ситуации нет, так как его согласие выражено заранее.

Но что, если заранее никакое соглашение не заключено, но кредитор направляет должнику не оферту на заключение соглашения о прощении долга, а заявление о прощении долга? Игнорировать волю должника в вопросе прощения долга было бы неверно, и поэтому если такая воля не выражена заранее, то можно было бы исключить право кредитора навязать должнику эффект прощения долга и не признавать наличие у кредитора секундарного права на прощение долга, а соответствующее заявление рассматривать лишь как оферту на заключение соглашения о прощении долга. В то же время в рамках действующей редакции п. 2 ст. 415 ГК РФ реализован несколько более сложный подход. С одной стороны, закон говорит о том, что долг считается

прошренным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга. Иначе говоря, правопрекращающий правовой эффект возникает в силу одного лишь волеизъявления кредитора. Это недвусмысленно указывает на то, что речь идет об односторонней сделке. С другой стороны, тут же закон устанавливает, что должник, не согласный с прощением долга, вправе в разумный срок после получения такого уведомления кредитора возразить против прощения долга, направив кредитору соответствующий протест. Из смысла закона следует, что в случае предъявления такого возражения эффект прекращения долга ретроспективно отменяется (долг не считается прошренным). С догматической точки зрения из буквы закона следует, что за счет одной односторонней сделки (возражения против прощения долга) с обратной силой отменяется правовой эффект другой (уведомления о прощении долга). Целесообразность столь сложного подхода сомнительна.

В принципе, с учетом того, что закон позволяет должнику «прокинуть» правовой эффект прощения долга и тем самым учитывает его позицию по данному вопросу, можно увидеть в закрепленной в п. 2 ст. 415 ГК РФ модели своеобразный способ отразить идею о договорной природе прощения долга. Здесь следует напомнить, что согласно п. 2 ст. 438 ГК РФ молчание акцептанта, получившего оферту, может рассматриваться в качестве акцепта, если на то имеется указание в законе. Соответственно, мыслимо представить себе, что п. 2 ст. 415 ГК РФ как раз и устанавливает тот случай, когда молчание акцептанта (должника) признается его согласием с офертой. В то же время против данной интерпретации говорит то, что закон устанавливает, что долг считается прошренным с момента получения такого уведомления. Это противоречит правилам ГК РФ о заключении договоров посредством оферты и акцепта. В тех случаях, когда акцепт в силу указаний в законе совершается молчанием, договор должен считаться заключенным с момента истечения соответствующего срока на акцепт, а никак не с момента доставки оферты.

*De lege ferenda* более корректным было бы решение, в силу которого согласие должника с прощением долга подразумевалось бы, если должник не выразит свое несогласие в некий установленный в законе или разумный срок, а наступление правопрекращающего эффекта происходило бы по истечении такого срока.

В сложившихся же условиях положения п. 2 ст. 415 ГК РФ можно воспринимать и как закрепляющие распорядительную одностороннюю сделку (уведомление о прощении долга), правовой эффект которой может быть отменен с обратной силой другой односторонней сделкой

(возражением), и как необычный способ заключения договора, при котором при молчании акцептанта договор считается заключенным в момент доставки ему уведомления-оферты.

В то же время здесь следует иметь в виду, что описанная процедура запускается только тогда, когда, во-первых, заявление кредитора не представляет собой оферту, а выглядит как осуществление вторичного права. Если же кредитор направляет должнику не заявление о прощении долга, а предложение заключить соглашение о прощении долга, правило п. 2 ст. 415 ГК РФ не применяется, и работает общий алгоритм заключения соглашения по п. 1 ст. 433 ГК РФ: договор заключен тогда, когда кредитору, направившему оферту, доставлено согласие должника (акцепт). Во-вторых, описанная в п. 2 ст. 415 ГК РФ процедура касается случаев направления волеизъявлений кредитора на безусловное списание долга; если же волеизъявление кредитора охватывает те или иные условия (например, предполагает списание долга в обмен на те или иные уступки должника), такое волеизъявление никак не может облекаться в форму односторонней сделки по реализации вторичного права, должно рассматриваться как оферта и влечет заключение договора исключительно в момент доставки кредитору согласия должника (п. 1 ст. 433 ГК РФ).

В целом же в практическом плане куда более предпочтительным по сравнению с описанным в п. 2 ст. 415 ГК РФ способом простить долг следует признать заключение полноценного соглашения.

#### *(г) Форма распорядительной сделки*

Вопрос о форме распорядительной сделки прощения долга является непростым.

Вполне мыслимо обсуждение применительно к прощению долгов, вытекающих из договоров, применения правила о том, что прощение долга должно осуществляться в той же форме, что и сам договор. При таком подходе прощение долга, вытекающего из нотариально удостоверенного договора, потребовало бы нотариального удостоверения под угрозой ничтожности. Есть ли законодательные основания для такого вывода? Статья 452 ГК РФ устанавливает подобное правило в отношении соглашений о расторжении или изменении договора, но об отказе от прав молчит. В то же время отказ от требования по сути приводит к фактическому изменению содержания договорного правоотношения. Близость явлений особенно отчетливо прослеживается, когда осуществляется отказ от незрелого требования по договору или требования, поставленного под отлагательное условие, которое еще не наступило. Вопрос о целесообразности применения в этом отношении правил ст. 452 ГК РФ о следовании формы соглашения

об изменении договора форме самого договора может вызывать вопросы. Ясной судебной практики высших судов по данному вопросу нет.

Если мы отвергаем применение правила ст. 452 ГК РФ, то остаемся один на один с общими правилами о форме сделки.

С одной стороны, ст. 415 ГК РФ не устанавливает правил относительно формы прощения долга. А это позволяет признать допустимым совершение прощения долга в любой форме, предусмотренной для совершения сделок (см. п. 1 ст. 159 ГК РФ), в том числе устной и конклюдентной. С другой стороны, могут звучать аргументы о целесообразности применения к сделке прощения долга правил ст. 161 ГК РФ, согласно которым сделка на сумму более 10 тыс. руб. или любая сделка с участием юридического лица должны оформляться письменно. Кроме того, упоминание в п. 2 ст. 415 ГК РФ уведомления о прощении долга, а также указание на то, что долг считается прощенным с момента получения должником такого уведомления, могут истолковываться как указание на осуществление прощения долга в письменной форме. Однозначного ответа пока наше право не дает.

Но в любом случае, даже если письменная форма будет признана обязательной для любых или некоторых случаев прощения долга, такая форма не является конститутивным элементом прощения долга, и совершение сделки прощения долга устно не влечет ее недействительности. Дело в том, что в силу п. 2 ст. 162 ГК РФ несоблюдение письменной формы сделки влечет ничтожность сделки только тогда, когда это прямо указано в законе; в остальных случаях санкцией является лишь запрет ссылаться на свидетелей при доказывании акта совершения сделки. Поэтому несоблюдение обязательной письменной формы сделки, если таковая будет признана применимой к прощению долга, в силу п. 1 ст. 162 ГК РФ не будет влечь ничтожность прощения долга, а лишь затруднит доказывание факта его совершения при возникновении споров за счет применения запрета на использование свидетельских показаний. Иные доказательства в подтверждение факта такого волеизъявления могут быть приняты (например, видеозапись).

Это крайне важный аспект, так как он позволяет понять, возможно ли прощение долга в конклюдентной форме. Согласно п. 2 ст. 158 ГК РФ «[с]делка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку». Если наше право не признает письменную форму обязательной для прощения долга, из этого будет автоматически следовать, что прощение долга возможно и в конклюдентной форме. Но даже если право будет придерживаться иного взгляда, конклюдент-

ное признание окажется возможным — просто при возникновении споров заинтересованной стороне в суде нельзя будет использовать свидетельские показания для доказывания факта совершения соответствующих действий, из которых следует воля простить долг.

В любом случае при интерпретации поведения кредитора в качестве конклюдентного отказа от права требования необходимо, чтобы из данного поведения без каких-либо разумных сомнений следовала воля кредитора на освобождение должника от долга, так как отказ от имущественных прав не предполагается. См. подробнее подп. «д» п. 2.4 комментария к настоящей статье ниже.

*(д) Очевидность волеизъявления на отказ от права и эстоппель*

В спорных ситуациях квалификации тех или иных волеизъявлений кредитора вариант квалификации таких волеизъявлений в качестве направленных на прощение долга не должен предполагаться. Отказ от имущественного права не может подразумеваться, так как является крайне нетипичным и влечет очень серьезные имущественные последствия для кредитора. Воля на прощение долга должна быть выражена четко и недвусмысленно. Так, например, в ряде случаев встает вопрос о том, может ли выступать в качестве допустимой формы прощения долга расписка кредитора об отсутствии претензий в связи с правоотношениями по какому-то договору или деликту, врученная им должнику. В уведомлении о прощении долга должен быть с достаточной степенью определенности указан прощаемый долг: он должен быть либо однозначно определен, либо быть определяемым. Соответственно, если подобная расписка не оставляет сомнений в том, что кредитор имел в виду именно прощение долга, а также в том, какие долги он имел в виду, такую расписку можно признать формой уведомления о прощении долга. В то же время нередко из текста такой расписки не вполне очевидно, что конкретно означает фраза об отсутствии претензий. В подобных ситуациях все зависит от толкования данной расписки в контексте конкретных обстоятельств. Сторонам крайне не рекомендуется использовать столь неоднозначную форму выражения своей воли.

В качестве иллюстрации можно привести Определение СКЭС ВС РФ от 24 сентября 2019 г. № 305-ЭС19-9109: Суд признал, что наличие подписанного кредитором акта сверки, в котором не фигурирует спорная задолженность, недостаточно для вывода о том, что кредитор простил должнику долг, если таковой на момент подписания акта объективно имелся и был известен кредитору. Как указал ВС РФ, акт сверки задолженности «сам по себе не может подтверждать прекращение обязательства по оплате работ». Очевидно, что, если бы в данном

случае речь шла о прямо выраженном заявлении о прощении долга, сомнений в прекращении обязательства ни у кого не возникало бы.

Так как прощение долга предполагает явно и недвусмысленно выраженное волеизъявление кредитора прекратить обязательство, не являются прощением долга и не влекут соответствующего право-прекращающего эффекта сами по себе непредъявление кредитором требования об исполнении обязательства или принятие кредитором лишь части долга.

В ряде случаев, когда воля на отказ от права не выражена прямо, но обсуждается конклюдентный отказ от требования, о полноценном сделочном волеизъявлении можно говорить тогда, когда разумное лицо на месте должника с учетом известной ему информации могло поверить в то, что поведение кредитора указывает на его волю отказаться от права и простить долг, и могло бы разумно положиться на это.

Но что, если поведение кредитора не настолько очевидно, чтобы можно было говорить о конклюдентно совершенной сделке прощения долга? Возможно ли в каких-то из подобных ситуаций защитить должника за счет эстоппеля и запрета на злоупотребление правом, если кредитор впоследствии пытается свое требование осуществить? Ответ на эти вопросы зависит от общего понимания эстоппеля. См. подробнее п. 1.7 комментария к ст. 10 ГК РФ.

*(е) Согласие на сделку отказа*

В ряде случаев отказ от права требования (прощение долга) допускается только с предварительного согласия третьего лица, органа управления организации-кредитора или государственного органа. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 21 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» опекун без предварительного разрешения органа опеки и попечительства не вправе совершать сделки, влекущие за собой отказ от принадлежащих подопечному прав.

К отказу от требования, входящего в состав общего имущества супругов, подлежит применению и положение п. 2 ст. 35 СК РФ о праве супруга того лица, которое формально числилось кредитором по обязательству, оспорить сделку по распоряжению общим имуществом (в данном случае — прощение долга), если доказано, что другая сторона в сделке (в данном случае — должник) знала или заведомо должна была знать о несогласии другого супруга на совершение данной сделки.

Помимо этого, вполне логичным представляется распространение на случаи отказа от требования (прощения долга) положений закона об одобрении таких сделок как крупных для юридического лица, поскольку отказ от права может привести к уменьшению имущества юридического лица на сумму, соответствующую критериям крупных

сделок, установленным профильными законами. То же касается и прощения долга как сделки, в которой у лица, выступающего от имени организации-кредитора, имеется заинтересованность.

*(ж) Прощение долга под условием*

Прощение долга, совершаемое на основании соглашения сторон, может быть поставлено по воле сторон под отлагательное условие (ст. 157 ГК РФ). Такое условие может зависеть от неких случайных обстоятельств, поведения кредитора или должника. Неопределенность, которая неминуемо здесь возникает, имманентно присуща любым случаям совершения распорядительных сделок под условием. Стороны сами своей волей согласились на подобное правоотношение и приняли на себя бремя отслеживания информации о наступлении или ненаступлении условия.

Может возникнуть вопрос о том, насколько допустимо включение отлагательного условия в распорядительное одностороннее волеизъявление кредитора в ситуации, когда должник ранее на условность данного правового эффекта не соглашался. Для односторонних сделок, совершение которых происходит в рамках реализации одним лицом своего секундарного (преобразовательного) права на вторжение посредством одностороннего волеизъявления в сферу правовой автономии другой стороны, условность является по общему правилу недопустимой, поскольку произвольное включение лицом, совершающим такую одностороннюю сделку, в нее условия навязывает адресату правовую неопределенность, на принятие которой адресат согласия не давал; исключения могут составлять лишь некоторые случаи, когда наступление условия находится в сфере полного контроля адресата и обнаружение факта наступления или ненаступления условия для адресата не представляет никаких затруднений (да и здесь навязывание условности возможно далеко не во всех случаях<sup>1</sup>).

Но специфика прощения долга в том, что в силу ст. 415 ГК РФ должник волен не согласиться с прощением ему долга, и, если он увидит в волеизъявлении кредитора некие отлагательные условия, он волен отказаться принимать на себя ту самую подвешенность правоотношения, просто отвергнув прощение долга. Этот аргумент позволяет прийти к однозначному выводу, что в уведомлении о прощении долга может содержаться отлагательное условие, наступление которого находится в полной власти должника, или иным образом проверка

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 141–145 (п. 1.2.26) (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

его наступления не составит для должника никаких сложностей (например, условие о том, что эффект прощения части долга наступит, только если должник в течение того или иного срока погасит часть своего долга). Но, как представляется, наличие у должника возможности заблокировать прощение долга, если его что-то не устраивает в содержании этого волеизъявления и во включенных в него условиях, может быть аргументом и в пользу того, что условия могут быть и такими, наступление которых потребует от должника неких усилий (например, кредитор прощает должнику долг под условием победы «Спартака» в Чемпионате России по футболу).

Прощение долга как распорядительная сделка с немедленным распорядительным эффектом не может быть поставлено под отменительное условие. В то же время как минимум в прямо согласованном сторонами договоре может быть оговорено, что определенный долг списывается, но при наступлении в будущем некоего отлагательного условия он вновь возникает. Например, в рамках соглашения об урегулировании взаимных претензий кредитор может списать должнику суммы штрафных санкций, но при этом будет оговорено, что если в будущем нарушения договора со стороны должника повторятся, то на стороне должника возникнет новое обязательство по уплате штрафа, равного сумме ранее списанных неустоек.

Если долг должника прощен под отлагательным условием, а впоследствии до наступления условия кредитор уступает требование третьему лицу или происходит переход требования в рамках универсального правопреемства, встает вопрос о срабатывании правопрекращающего эффекта условия в случае его последующего наступления против нового кредитора. На данный вопрос следует ответить утвердительно: к новому кредитору требование переходит в том его правовом режиме, который существовал до смены кредитора. Если требование было обременено условным прощением, новому кредитору придется смириться с тем, что перешедшее к нему право вдруг прекратится при наступлении оговоренного прежним кредитором и должником условия. Если это произошло, все претензии новый кредитор должен адресовать прежнему кредитору (в случае уступки), и, если последний скрыл от нового данное соглашение об условном прощении, он будет нести ответственность по правилам ст. 390 ГК РФ.

*(3) Прощение долга после возбуждения судебной процедуры взыскания долга*

Стороны могут оформить и нередко оформляют прощение части долга как элемент мирового соглашения – тогда эффект прощения долга наступит при условии утверждения судом мирового соглашения.



При отсутствии мирового соглашения прощение долга после подачи кредитором иска о взыскании этого долга является основанием для отказа в иске, если кредитор, простивший долг после начала процесса, сам не отказался от иска. В ряде случаев в силу внепроцессуального соглашения сторон отказ от иска может быть условием для наступления правового эффекта прощения этого же или иного долга. Так, например, стороны в соглашении об урегулировании конфликта (не оформленном как мировое соглашение) могут договориться о прощении взаимных долгов, взыскание по одному из которых происходит в судебном процессе, и в таком соглашении обусловить эффект прекращения обязательства одной стороны отказом от своего иска другой стороны.

Отказ от иска при отсутствии волеизъявления о прощении долга, хотя и блокирует возможность подачи нового иска по тем же основаниям, сам по себе не свидетельствует о прощении долга, последний остается, но приобретает натуральный характер; должник может при желании погасить долг добровольно, но право кредитора не подлежит более судебной защите, так как повторное рассмотрение спора с тем же предметом и основанием не допускается.

*(и) Соотношение с правилом п. 6 ст. 450.1 ГК РФ*

Пункт 6 ст. 450.1 ГК РФ допускает для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, отказ от осуществления принадлежащих им в рамках договорных правоотношений прав, если возникли основания к их осуществлению. Не вызывает никаких сомнений то, что в контексте бесповоротного отказа от права требования применению подлежит ст. 415 ГК РФ, а не п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Во-первых, иначе пришлось бы прийти к абсурдному выводу, что обычный гражданин, не являющийся предпринимателем, не может простить своему знакомому долг. Во-вторых, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ явным образом указывает на то, что для отказа от осуществления права достаточно одностороннего волеизъявления, но это решение неприемлемо для ситуации отказа от права требования, ибо последнее есть имущественное право, и игнорирование воли должника было бы некорректно. Статья 415 ГК РФ волю должника абсолютно уместно учитывает, позволяя ему не согласиться с правопрекращающим волеизъявлением кредитора. В-третьих, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ говорит об отказе от осуществления права, а не о бесповоротном отказе от права. Поэтому при прощении долга положения п. 5 ст. 450.1 ГК РФ не подлежат применению.

Выше речь шла о ситуации, когда кредитор намерен бесповоротно отказаться от своего права требования и, соответственно, освободить должника от долга. Но что, если кредитор желает на время заблокировать свою возможность осуществить право требования и дать долж-

нику гарантию, что он не будет осуществлять это право в судебном (посредством подачи иска) или внесудебном (например, в порядке безакцептного списания долга) порядке в течение определенного срока? Здесь уже логично говорить не об отказе от права, а о временном отказе от осуществления права. В принципе, на практике это делается просто путем заключения с должником соглашения о предоставлении должнику отсрочки в исполнении; такое соглашение исключает существование просрочки и тем самым блокирует на время (до окончания периода отсрочки) возможность совершения принудительных действий по истребованию долга.

Но такой вариант не всегда устроит кредитора, который может не желать легализации просрочки, в которую попал должник, и не хочет потерять право на начисление неустойки в связи с данной просрочкой и взыскание мораторных убытков, возникающих вследствие длящейся просрочки. В такой ситуации кредитор, который (например, в обмен на те или иные уступки должника) согласен гарантировать должнику некий период спокойствия, в течение которого кредитор не будет предпринимать действия по истребованию долга, но не согласен лишать просрочку должника статуса длящегося нарушения договора, может выразить волю на отказ от осуществления в течение некоторого времени своего права в судебном или внесудебном порядке истребовать долг. В этом случае уже нельзя говорить о прощении долга, но можно говорить об отказе от осуществления права. Соответственно, здесь открывается пространство для применения п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. А это означает, что осуществить такой временный отказ от реализации своего обязательственного притязания может только лицо, осуществляющее коммерческую деятельность. Впрочем, обоснованность этого законодательного ограничения по субъектному составу крайне сомнительна.

Если такой кредитор, не дожидаясь окончания предоставленного периода спокойствия, обратится в суд за взысканием долга, суд должен отказать ему в этом. Действия же кредитора по безакцептному или иному внесудебному истребованию долга тоже в такой ситуации будут считаться неправомерными.

Может показаться, что в случае с судебным иском возникает проблема, связанная с наличием в ГПК РФ и АПК РФ указания на то, что отказ от права на обращение в суд недействителен (ч. 3 ст. 4 АПК РФ, ч. 2 ст. 3 ГПК РФ). Но эти нормы следует корректно понимать. Они запрещают бесповоротный отказ от права на обращение в суд при наличии непрекращенного и подлежащего защите нарушенного материального права, но не должны считаться блокирующими возможность

отказаться от осуществления права на инициирование иска о взыскании долга в течение определенного срока.

Соглашения о моратории на предъявление исков (*paetum de non petendo ad tempus*) были хорошо известны римскому праву и известны многим правовым порядкам сейчас. Некоторые юристы считают, что указанные нормы ГПК РФ и АПК РФ запрещают отказ от права на иск, но не запрещают обязательство не подавать иск, и при наличии такого обязательства иск может быть подан и удовлетворен, но ответчик может заявить иск о взыскании убытков или штрафа в связи с нарушением такого негативного обязательства. Эта конструкция действительно принципиально отличается от отказа от права на иск и, казалось бы, может быть допущена, ведь право на иск не пресекается, но истец будет нести договорную ответственность за нарушение своего негативного обязательства. Вместе с тем кажется, что рассмотрение судом иска, который истец обязался не подавать, и встречного иска о взыскании убытков или неустойки за нарушение такого негативного обязательства, выглядит несколько нелепо. Куда логичнее допустить возможность временного отказа от осуществления права на иск, наличие которого вручает должнику право возразить против удовлетворения иска о взыскании долга, а не только право заявить встречный иск об убытках. Законность такой конструкции, в принципе, может быть выведена из п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, которая уступает место специальному механизму прощения долга в тех случаях, когда речь идет о бесповоротном отказе от права требования, но в остальных случаях вполне может работать. Иначе говоря, такой временный отказ от осуществления права на взыскание долга не равнозначен прощению долга и поэтому не подпадает под действие ст. 415 ГК РФ, а также бесповоротному отказу от права на иск и поэтому не подпадает под действие указанных в ГПК РФ и АПК РФ запретов.

Вопрос может возникать в отношении предельного срока такого моратория. Может ли он быть равен сроку давности или превосходить его по длительности? Также возникает вопрос о том, течет ли исковая давность в период моратория. Эти вопросы пока не имеют однозначных ответов и требуют дополнительной проработки. В практическом плане они не будут столь острыми, если период предоставленного моратория невелик и составляет, скажем, несколько месяцев.

Временный отказ от осуществления права на взыскание долга может быть заявлен кредитором должнику или стать частью некоего соглашения с ним, но может также быть элементом межкредиторского соглашения, в котором кредиторы одного должника заявят друг другу и должнику о моратории. В такой ситуации можно говорить

о своеобразном договоре в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), предоставляющем третьему лицу не секундарное право на вступление в обязательственное право на место кредитора, а правомочие возразить против поданного в период моратория иска. О возможности наделения в рамках договора в пользу третьего лица последнего не секундарным правом на вступление в право требования по обязательству, а иной правовой возможностью см. ст. II.—9:301 Модельных правил европейского частного права, согласно которой по договору в пользу третьего лица последний приобретает права или «иные выгоды».

*(к) Неосуществление права требования как основание для утраты права*

Неосуществление права требования не может по общему правилу означать отказ от данного права, так как в силу п. 3 ст. 158 ГК РФ молчание или пассивность не рассматриваются как сделочное волеизъявление, если иное не вытекает из закона или соглашения сторон. Защита разумных ожиданий кредитора осуществляется за счет правил об исковой давности. Этого по общему правилу вполне достаточно. Поэтому, например, должник не может возразить против иска о взыскании начисленных неустоек или убытков, что кредитор ранее не проявлял свою волю на реализацию таких прав. Кредитор имеет привилегию проявлять полную пассивность, обдумывать целесообразность подачи иска, готовить доказательственную базу и подыскивать лучшего юриста, способного сопровождать судебное дело, в течение трех лет с момента, как он узнал или должен был узнать о нарушении своего права и получил возможность осуществить его принудительно. Кредитор не обязан предупреждать должника о том, что он что-то от должника, возможно, в будущем потребует по суду.

В случае заявления кредитором иска о взыскании долга по прошествии трех лет у должника появится возражение об истечении давности (ст. 196, 199 ГК РФ), и, если он им воспользуется, кредитору будет отказано в иске, если не обнаружатся основания для прерывания, восстановления, приостановления или возобновления давности. Более того, в силу п. 3 ст. 199 ГК РФ по истечении давности блокируются и односторонние действия, направленные на осуществление права (зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т.п.).

В некоторых странах, в которых исковая давность крайне продолжительна, иногда допускается блокирование права требования при пассивности кредитора, не напоминавшего должнику о своих притязаниях, и ранее истечения давности. Но, как представляется,

движение в данном направлении в условиях закрепления в российском праве достаточно короткой трехлетней давности было бы опасно и нецелесообразно.

Обратное возможно лишь в тех случаях, когда пассивность кредитора в деле осуществления своего права требования сочетается с теми или иными его активными действиями, которые могли бы свидетельствовать о воле на прощение долга в конклюдентной форме. В подобных ситуациях право требования может прекращаться в той степени, в которой такое поведение кредитора может свидетельствовать о конклюдентном отказе кредитора от своего права.

В то же время следует заметить, что имеются серьезные резоны пресечь право на принуждение к исполнению неденежного обязательства в натуре, если такой иск не был заявлен в течение разумного срока. Например, п. 5 ст. 429 ГК РФ такой сокращенный срок на инициирование иска о понуждении к заключению основного договора на основании предварительного закрепляет (шесть месяцев), но в остальных случаях согласно букве ГК РФ к искам о понуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре применяется обычная трехлетняя исковая давность, что не совсем логично. Однозначной судебной практики в пользу такого решения нет, но сама идея является заслуживающей внимания. Как представляется, предъявление иска о поставке товара в натуре по прошествии двух с половиной лет после начала просрочки несколько аномально, и трехлетняя исковая давность — слишком долгий период. См. подробнее п. 7 комментария к ст. 12 ГК РФ.

*(л) Прощение долга, вытекающего из корпоративных, реституционных и иных относительных правоотношений*

Как представляется, вполне возможен и отказ от многих корпоративных относительных прав, которым противостоит обязанность некоего лица (самой корпорации, ее участника, директора). Если это право носит имущественный характер и представляет собой право требования (например, право участника общества на получение дивидендов или действительной стоимости доли в ООО при выходе из него участника либо право корпорации на взыскание убытков с ее директора), здесь с необходимыми адаптациями применимы правила ст. 415 ГК РФ о прощении долга. Этот вывод следует из п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, согласно которому к корпоративным правам применяются общие правила об обязательствах, если иное не вытекает из существа таких прав. И действительно, ситуация, когда акционер отказывается от своего права на получение начисленных и подлежащих выплате дивидендов, мало чем отличается от ситуации прощения обычного

гражданско-правового долга. Здесь применимы те же условия и ограничения. Впрочем, может возникнуть и определенная корпоративная специфика. Например, встает вопрос о возможности прощения корпорацией долга бывшего директора по возмещению причиненных им корпорации убытков: если такое прощение осуществляет новый директор, заручившийся согласием всех участников, особых возражений не возникает, но более спорным является вариант прощения такого долга новым директором без согласия участников.

То же касается и денежных требований о внесении платы за сервитут и других чисто имущественных притязаний одного лица к другому обязательственной природы.

Сюда же следует отнести и реституционные требования о возврате уплаченных по недействительной сделке денежных средств или о возмещении денежного эквивалента полученного по недействительной сделке. Такие требования однозначно имеют обязательственную природу, близкую к требованию о возврате неосновательного обогащения (п. 3 ст. 307.1 ГК РФ).

Более спорным является применение института прощения долга к реституционному требованию о возврате индивидуально-определенного имущества. В связи с недействительностью договора выясняется, что собственность на вещь принадлежит тому, в чью пользу присуждена реституция. Может ли такой собственник отказаться от своего реституционного притязания на возврат вещи, не отказываясь при этом от права собственности на нее, не выражая волю на отчуждение вещи другой стороне недействительной сделки или третьему лицу, т.е. сохраняя право собственности на вещь? Такое положение вещей кажется несколько странным. Если сторона, в чью пользу присуждена реституция, отказывается от права собственности на вещь, отчуждает ее другой стороне спора о реституции на основании нового договора или отчуждает третьему лицу, его реституционное притязание на возврат вещи прекращается не на основании прощения долга, а в силу иных оснований. Впрочем, этот вопрос заслуживает отдельного обсуждения.

Также дискуссионным может быть отказ от негативного требования. Может ли собственник отказаться от своего права потребовать устранения препятствий к владению и пользованию своей вещью и согласиться с тем стеснением, которое ему причиняет другое лицо? Вряд ли здесь уместно говорить о прощении долга, но возможность заключения соглашения, в котором такое стеснение будет легализовано, кажется очевидной. Это может быть как сервитут, так и обычное соседское соглашение чисто обязательственного свойства.

### ***2.5. Отказ от вторичных (преобразовательных) прав или их осуществления в рамках договорного или иного правоотношения***

Отказ от осуществления вторичных (преобразовательных) прав, возникающих в рамках договорного правоотношения, возможен в силу п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Данное положение следует толковать расширительно и выводить из него, что возможен как отказ от осуществления такого права, так и бесповоротный отказ от него. Последнее в полной мере следует из принципа автономии воли (п. 2 ст. 1 ГК РФ) и конституционного принципа свободы экономической деятельности.

О каких вторичных правах идет речь в п. 6 ст. 450.1 ГК РФ? Это в первую очередь право на односторонний отказ от договора или расторжение договора в судебном порядке, право на одностороннее изменение условий договора (например, на досрочное погашение кредита или право на его досрочное истребование), право на зачет, право на выбор в альтернативном обязательстве, право на акцепт по опциону, право на оспаривание сделки и др. Такие права могут быть установлены в законе или в условиях сделки. Правообладатель может вполне распорядиться таким правом в форме отказа от права или отказа от осуществления права с учетом тех ограничений и условий, которые будут обозначены ниже.

*(а) Отказ от вторичного права и отказ от осуществления такого права*

Отказ от вторичного права, если он в принципе допустим, носит окончательный и бесповоротный характер. После совершения сделки такого отказа данного вторичного права у лица более нет. В то же время отказ от осуществления права влечет не утрату права, а блокирование возможности его осуществления в тех или иных пределах.

О каких пределах здесь идет речь?

В случае временного отказа от осуществления права возможность осуществления права блокируется на тот срок, который указало лицо, отказывающееся от осуществления права. Например, сторона может заявить об отказе от осуществления своего права на оспаривание сделки по причине заблуждения на указанный ею период ведения переговоров по изменению условий договора в целях приведения цены договора в соответствии с той, по которой она была бы готова заключить договор, не будь она введена в заблуждение другой стороной; банк же может отказаться от осуществления своего права на акселерацию кредитного долга по причине падения капитализации заемщика ниже установленного в ковенанте уровня на тот или иной срок, предоставив заемщику шанс восстановить свое финансовое положение и избежать акселерации.

Правообладатель может отказаться от осуществления своего права до наступления определенного условия (например, отказаться от осуществления своего права произвести акселерацию кредитного долга до момента окончания того или иного судебного процесса).

Обладатель права также может отказаться от осуществления своего права с иными ограничениями (например, отказаться от заявления зачета на сумму более определенной величины).

Наконец, если секундарное право носит условный характер и может быть реализовано при наступлении определенных обстоятельств, обладатель такого права может отказаться от осуществления права в ответ на те фактические обстоятельства, которые привели к созреванию условного секундарного права, без пресечения возможности осуществить условное право в будущем при повторном возникновении условия. Например, если у банка имеется секундарное право повысить процентную ставку при нарушении заемщиком того или иного условия (ковенанта) и заемщик своим поведением создает основание для повышении ставки, банк может отказаться от осуществления своего права в ответ на конкретное обстоятельство нарушения ковенанта, не лишая себя права реализовать свое секундарное право на повышение ставки в будущем при повторном нарушении того же ковенанта. Как мы видим, здесь отказ от осуществления права не идентичен отказу от права. Но, в принципе, банк вправе вообще отказаться от своего секундарного права произвести повышение ставки при нарушении данного ковенанта, и тогда в будущем новое нарушение данного ковенанта не предоставит банку возможности повысить ставку.

*(б) Учет основания возникновения секундарного права при определении допустимости отказа от права или его осуществления*

Если речь идет о таких правах, которые не вытекают из положений закона, но согласованы в самом договоре сторонами, а также о таких правах, которые установлены в законе в рамках диспозитивной нормы или следуют из обычаев, возможен как бесповоротный отказ от таких прав, так и отказ от их осуществления в тех или иных пределах (на время или в связи с наступлением тех или иных обстоятельств). То секундарное право, которое порождено волей сторон, может быть и прекращено их волей, а если это право одной из сторон и его утрата никак ухудшить положение другой стороны не может, в подписании какого-то соглашения нет необходимости, и право может быть утрачено или в той или иной степени заблокировано в результате одностороннего волеизъявления управомоченного лица.

Особый случай имеет место тогда, когда секундарное право установлено императивной нормой закона. От такого права нельзя отказаться



бесповоротно. Так, например, нередко императивные нормы закона закрепляют за стороной право на произвольный отказ от договора. Исключить это право за счет включения в договор соответствующего условия невозможно (например, право стороны договора аренды произвольно отказаться от договора аренды, заключенного на неопределенный срок в силу ст. 610 ГК РФ). Поэтому в равной степени данное право на произвольный отказ от договора не может быть прекращено и в результате одностороннего волеизъявления на отказ от такого права на следующий день после заключения договора. По общему правилу, видимо, невозможен и отказ от осуществления такого права. Например, если потребитель после заключения договора потребительского кредита заявит банку о том, что отказывается от осуществления своего права произвольно досрочно вернуть кредит в течение двух лет, такое заявление не лишит потребителя императивно предусмотренного права на досрочный возврат кредита.

Исключение можно обсуждать для ситуации, когда такое императивно установленное право может быть осуществлено согласно закону при наступлении определенных обстоятельств, такие обстоятельства наступили и созрели условия для осуществления права, но обладатель права заявляет отказ от осуществления права по этим основаниям, не отказываясь от возможности осуществить право в будущем при возникновении подобных оснований вновь (см. подробнее далее).

*(в) Момент осуществления отказа*

Бесповоротный отказ от права, установленного в диспозитивной норме закона, вытекающего из обычая или согласованного в условиях сделки, возможен хотя бы и на следующий день после заключения договора, в том числе и до возникновения оснований для осуществления такого права (если само право носило условный характер). Если стороны могли не предусматривать такое право в договоре, а равно исключить диспозитивно установленное законом или вытекающее из обычая секундарное право в своем договоре, то логически вполне возможен и односторонний отказ от такого права на следующий день после заключения договора. Если осуществление указанного права поставлено под условие, очевидно, что его обладатель вполне может как отказаться от данного права, так и отказаться от его осуществления не только после созревания условий для его осуществления, но и заранее.

В п. 6 ст. 450.1 ГК РФ говорится о возможности отказаться от осуществления права после возникновения оснований для его осуществления, но данную норму в контексте прав, согласованных самими сторонами договора, вытекающих из обычаев или установленных в за-

коне диспозитивно, следует толковать как не исключаящую и предварительно выраженный отказ от отлагательно обусловленного права до созревания соответствующих условий для его осуществления.

Если речь идет о праве, закрепленном в императивной норме закона в рамках правового режима соответствующего правоотношения, как уже отмечалось, бесповоротный отказ от права в принципе невозможен, поскольку законодатель видит это право в качестве неотъемлемого элемента данного правового режима. Но если такое императивно установленное секундарное право носит условный характер и может быть осуществлено при наступлении определенных условий, отказ от осуществления данного права становится возможным после того, как соответствующее условие наступило и это стало известно управомоченной стороне. Закон блокирует предварительно выраженный отказ от императивно установленного права, но не может помешать управомоченному лицу распорядиться своим созревшим секундарным правомочием, поскольку это было бы необоснованным ограничением автономии воли и вторжением в частные дела. Данный подход выводится из содержания п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Он же отражен в п. 3 ст. II.—1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которому тот факт, что стороны не могут в договоре отступить от императивной нормы, закрепляющей то или иное право одной из сторон, не препятствует управомоченной стороне отказаться от осуществления данного права уже после того, как оно возникло и эта сторона узнала о его возникновении.

Так, например, если сторона сделки после того, как она узнала о наличии у нее права на оспаривание сделки, заявляет об отказе от своего права на оспаривание сделки, она теряет возможность оспорить сделку. В принципе, тот же вывод следует из положений абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ, который предусматривает доктрину подтверждения оспоримой сделки. Такое подтверждение может осуществляться как в форме прямого одностороннего волеизъявления, так и в конклюдентной форме. То же касается и права на расторжение договора в ответ на его существенное нарушение, если такое право установлено в контексте правового режима какого-то договора императивно: когда нарушение договора не носит длящийся характер и не обновляет фактический состав оснований для осуществления такого права, пострадавшая от нарушения сторона, узнав об основаниях для расторжения, может эффективно отказаться от осуществления своего права на расторжение в ответ на это состоявшееся нарушение и продолжить взаимодействие с контрагентом по договору. После такого отказа она уже не может инициировать расторжение в ответ на это ранее состо-

явшееся нарушение; естественно, если в будущем состоится новое аналогичное нарушение, которое создаст новые условия для расторжения, эта сторона вновь получит возможность расторгнуть договор.

Итак, если условное вторичное право вытекает из императивной нормы закона, от этого права бесповоротно отказаться нельзя и также нельзя отказаться от его осуществления. От осуществления императивно установленного условного вторичного права нельзя отказаться заранее, до возникновения оснований для его осуществления, но такой отказ возможен после возникновения указанных оснований, если он распространяется на возможность осуществить право в ответ на ранее сформировавшееся основание и не блокирует возможность осуществить то же право в будущем при повторном возникновении тех же оснований.

В тех же случаях, когда вторичное право установлено по воле самих сторон договора, следует из обычаев или закреплено в диспозитивной норме закона, как бесповоротный отказ от такого права, так и отказ от его осуществления в тех или иных пределах возможны в любой момент.

К сожалению, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ эту дифференциацию не проводит, не упоминая возможность отказаться от осуществления условного права, согласованного самими сторонами, установленного в диспозитивной норме или следующего из обычая, заранее, до наступления условия и оснований для осуществления права. Следует ли из этого, что единственным способом заблокировать некое условное вторичное право, установленное в договоре или диспозитивной норме закона, до возникновения оснований для его осуществления, является подписание соглашения об изменении договора, и заранее выраженный односторонний отказ от осуществления вторичного права *de lege lata* невозможен? Как представляется, такой вывод непредопределен. Поскольку не наблюдаются какие-либо политико-правовые возражения против того, чтобы лицо в ожидании возникновения у него оснований для осуществления некоего согласованного им в договоре или установленного в диспозитивной норме закона условного вторичного права могло отказаться от его осуществления заранее, есть все основания для ограничительного толкования нормы п. 6 ст. 450.1 ГК РФ о моменте отказа от осуществления права. Данное ограничение должно считаться относящимся только к тем правам, которые установлены в императивной норме закона.

*(г) Форма отказа*

В отличие от механизма прощения долга (чисто имущественного права), для наступления эффекта отказа от вторичного права или его

осуществления воля другой стороны иррелевантна. Лицо, получающее заявление об отказе от секундарного права или отказе от его осуществления, не может заблокировать возникновение соответствующего такому отказу правового эффекта своим возражением. Да и вряд ли кому-то в здравом уме захочется это делать. Ведь прекращая или блокируя свое секундарное право, управомоченное лицо связывает лишь самого себя. Поэтому отказ от секундарного права или его осуществления однозначно носит характер односторонней сделки.

Так как отказ от секундарного права или его осуществления является односторонней сделкой, реализация отказа происходит в форме доведения до сведения другой стороны договора соответствующего волеизъявления. При направлении письменного отказа он порождает правовые последствия с момента доставки указанного уведомления адресату (ст. 165.1 ГК РФ). Вопрос о допустимости устной и конклюдентной формы отказа должен решаться таким же образом, как решается вопрос о форме отказа от обязательственного права требования (см. подп. «г» п. 2.4 комментария к настоящей статье).

Сказанное выше не исключает того, что стороны могут при желании согласовать такой отказ от права или осуществления права в соглашении. По сути, речь здесь будет идти о соглашении, направленном на изменение ранее возникшего правоотношения путем ограничения одного из элементов такого правоотношения. При этом согласии правообладателя на отказ от осуществления права или бесповоротный отказ от него может быть обусловлено неким встречным предоставлением другой стороны. Это может быть и внесение того или иного платежа (*waiver fee*). При этом если никакого встречного предоставления нет, говорить о дарении невозможно, поскольку конструкция дарения не охватывает такое безвозмездное предоставление, как отказ от секундарного права (в отличие от прощения долга).

*(д) Условный отказ*

Если отказ от секундарного права (или его осуществления) утвержден в соглашении сторон, последние могут оговорить любые отлагательные условия, наступление которых приведет к желаемому правовому эффекту прекращения или блокирования права (ст. 157 ГК РФ).

Но если речь идет об одностороннем волеизъявлении, отказ от осуществления секундарного права (или отказ от права) не может быть поставлен под отлагательное условие, наступление которого не находится в сфере контроля другой стороны, иначе последней будет навязываться правовая неопределенность, на которую она не соглашалась. Но если наступление такого условия находится в сфере контроля другой стороны и может быть без значительных сложностей ею определено,

такую возможность, видимо, стоит признавать. Например, банк может заявить заемщику о своем отказе от права потребовать досрочного погашения кредита в связи с наступлением соответствующих указанных в договоре обстоятельств, дающих банку такое право (в частности, ухудшение финансовых показателей деятельности заемщика), но при этом поставить эффект данного заявления под условие устранения заемщиком возникших обстоятельств в течение определенного срока. В описанной ситуации, если заемщик восстановит свою платежеспособность в течение указанного срока, условный отказ банка от реализации своего права на досрочное истребование кредита вступит в силу.

*(е) Однозначность волеизъявления*

Для того чтобы отказ от осуществления вторичного права или бесповоротный отказ от такого права приобрел желаемый правовой эффект, воля отказывающейся стороны должна быть выражена ясно и недвусмысленно. Это касается и случаев отказа в форме конклюдентных действий.

*(ж) Неосуществление вторичного права*

Пассивность обладателя вторичного права влечет утрату такого права или иным образом может помешать осуществлению права, если из закона или договора следует тот или иной пресекательный срок либо срок давности на осуществление такого права. Например, право на зачет в силу закона блокируется истечением давности по требованию той стороны, которая рассматривает возможность заявить зачет (п. 3 ст. 199 ГК РФ). Право на оспаривание сделки по истечении установленной в законе исковой давности не утрачивается, но у другой стороны возникает возможность заблокировать оспаривание, заявив возражение о пропуске давности в ответ на поданный иск.

Согласно п. 7 ст. 450.1 ГК РФ также и в договоре может быть предусмотрено, что отказ от осуществления права будет считаться произошедшим автоматически в случае нереализации такого права в течение срока, указанного в договоре. Это, очевидно, касается и отказа от вторичного права. Так, например, стороны могут договориться о том, что кредитор должен считаться отказавшимся от осуществления своего права на акселерацию кредитного долга в ответ на нарушение тех или иных ковенантов, если не заявит о досрочном истребовании долга в течение определенного в договоре срока после того, как он узнал или должен был узнать о нарушении. По сути, в таких случаях имеет место установление в договоре пресекательного срока, в течение которого соответствующее вторичное или иное подобное право может быть осуществлено в случае возникновения оснований для его осуществления.

Но в ряде случаев никакого срока осуществления права (или исковой давности) ни в законе, ни в договоре не установлено. Если в таких ситуациях наступившее фактическое основание для осуществления права носит длящийся характер (например, право на отказ от договора в ответ на длящуюся просрочку), пассивность обладателя права не должна срабатывать против него: он может потерять терпение и реализовать свое право в любой момент (например, отказаться от договора в ответ на затянувшуюся и приобретающую характер существенного нарушения просрочку). Если речь идет о праве на произвольный отказ от длящегося договора, оно также не может блокироваться на основании долгого его неосуществления. Но в некоторых случаях, когда возникает фактическое основание для осуществления условного вторичного права и это основание не носит длящийся характер, у другой стороны правоотношения возникает неопределенность по поводу перспектив осуществления управомоченной стороной своего вторичного права. Например, если покупатель выявил существенный дефект в переданном ему товаре, у него возникает право на отказ от договора по правилам ст. 475 ГК РФ, а продавец замирает в ожидании того, решит ли покупатель такое право осуществить или уже «прикипел» к купленной вещи и ограничится денежными компенсациями (уменьшением цены или возмещением своих расходов на устранение дефекта). К сожалению, закон не устанавливает никакого разумного срока на осуществление такого права на отказ от договора в описанной ситуации, что делает положение продавца крайне уязвимым. Пассивное поведение покупателя свидетельствовать об отказе от договора не может, так как в силу ст. 158 ГК РФ бездействие по общему правилу сделочным волеизъявлением быть не может. Выходом из положения здесь оказывается доктрина эстоппель, о применении которой к вторичным правам см. п. 1.7 комментария к ст. 10 ГК РФ.

*(з) Отказ от вторичного права подать преобразовательный иск и запрет на отказ на подачу иска*

Если у одной из сторон имеется вторичное право, реализуемое в судебном порядке (например, право на оспаривание сделки или на расторжение договора), и эта сторона от этого права бесповоротно отказывается, то в случае, когда материальное право такой отказ допускает, пресекается соответствующее вторичное право, т.е. право гражданское. Следовательно, ни о каком отказе от процессуального права на иск речь не идет, и нормы ГПК РФ и АПК РФ, запрещающие отказ от права на иск, не применяются. То же касается и случаев, когда управомоченное лицо не отказывается от вторичного права бесповоротно, а заявляет лишь отказ от осуществления права (например, временный): здесь воля управомоченного лица воздействует

на материальное правоотношение, и, следовательно, соответствующие запреты из ГПК РФ и АПК РФ неприменимы.

### **2.6. Отказ от (осуществления) преимущественного права**

В ряде случаев в силу закона у одной из сторон имеется преимущественное право на совершение той или иной сделки. От такого права или от его осуществления в ряде случаев тоже возможен отказ.

#### *(а) Отказ от преимущественного корпоративного права*

Встает вопрос о праве на отказ участников ООО от установленного в законе преимущественного права на приобретение доли в ООО при желании одного из участников ООО свою долю продать третьим лицам, которые в составе участников данного общества не состоят (п. 4 ст. 21 Закона об ООО). Отказ от осуществления преимущественного права после того, как было получено уведомление от другого участника о намерении продать долю третьему лицу, не вызывает никаких сомнений и прямо допускается в законе (п. 5 и 6 ст. 21 Закона об ООО). Но возможен ли заранее выраженный абстрактный отказ от преимущественного права или отказ от его осуществления на время либо в отношении тех или иных вариантов отчуждения?

Если исходить из того, что данное право установлено в законе императивно и в уставе ООО нельзя полностью «отключить» такое преимущественное право, то отказ от этого права, выраженный заранее, ничтожен. То же будет касаться и выраженного абстрактно, заранее отказа от осуществления данного права. Но если признать диспозитивную природу преимущественного права, то нет никаких причин возражать против как исключения такого права на уровне положений устава (или корпоративного договора), так и прямо выраженного одностороннего абстрактного отказа от него или одностороннего отказа от его осуществления (например, при установлении в данном отказе временных ограничений или конкретных параметров возможных сделок отчуждения доли, в отношении которых такой предварительный отказ осуществляется).

Долгое время традиционное прочтение закона исходило из императивности преимущественного права. Но согласиться с таким подходом крайне сложно, поскольку нет ни одной политико-правовой причины ограничивать автономию воли участников ООО. Единственный возможный резон императивного прочтения состоит в том, что при «отключении» преимущественного права исчезает одно из ключевых отличий ООО от непубличного АО, в рамках правового режима которого по умолчанию аналогичное преимущественное право отсутствует. Но искусственное сохранение видимости логики в изначально ошибочном разграничении двух этих форм коммерческих корпора-

ций не может быть достаточным резонансом для ограничения свободы воли участников общества. Поэтому есть все резоны толковать норму о преимущественном праве в ООО как диспозитивную; при этом, как представляется, «отключить» такое право в уставе можно только в результате поддержки соответствующей редакции устава всеми учредителями при создании ООО или единогласного голосования участников за «отключение» преимущественного права при внесении соответствующего изменения в изначальную версию устава. В пользу диспозитивного прочтения правила о преимущественном праве в ООО говорит и то, что в рамках одного из недавно утвержденных Приказом от 1 августа 2018 г. № 411 Минэкономразвития России типовых уставов ООО преимущественное право прямо исключено (типовой устав № 10). Последнее свидетельствует о том, что Минэкономразвития России и согласовавший данный приказ при его регистрации Минюст России не считают такое право императивным элементом правового режима ООО. Если такой подход будет поддержан и в судебной практике, не останется причин блокировать возможность заранее выраженного абстрактного одностороннего отказа одного из участников от своего преимущественного права в силу принципа, согласно которому отказаться заранее в одностороннем порядке можно от любого вторичного права, которое может быть «отключено» в силу соглашения сторон при вступлении в соответствующие относительные правоотношения.

В силу п. 4 ст. 7 Закона об АО преимущественное право акционеров на приобретение акций непубличного АО, которые другой акционер намерен продать третьим лицам, по общему правилу отсутствует, но может быть согласовано в уставе. Поскольку наличие такого права не является императивным элементом правового режима непубличного АО, при наличии в уставе АО указания на преимущественное право отказ от такого права, совершаемый одним из участников заранее, еще до того, как он получает извещение о намерении другого акционера продать свои акции третьим лицам, вполне законен.

Другой пример: в силу п. 6 ст. 7 Закона об АО уставом непубличного общества может быть исключено имеющееся по общему правилу право акционеров на преимущественное приобретение акций при дополнительном их выпуске обществом. Данная норма свидетельствует о диспозитивности этого преимущественного права, а следовательно, возможен и абстрактный предварительный отказ конкретного акционера от такого права.

С учетом того, что в описанных примерах возможен бесповоротный отказ от таких прав, то тем более возможен и отказ от их осуществления на время или с иными ограничениями.



*(б) Отказ от преимущественного права, вытекающего из вещных правоотношений*

Участники долевой собственности в отношении движимой вещи или недвижимости согласно ГК РФ имеют преимущественное право на приобретение доли друг друга при желании одного из них произвести отчуждение своей доли третьему лицу. Согласно абзацу первому п. 2 ст. 250 ГК РФ «[п]родавец доли обязан известить в письменной форме остальных участников долевой собственности о намерении продать свою долю постороннему лицу с указанием цены и других условий, на которых продает ее». Получив такое уведомление, участник долевой собственности может в течение оговоренных законом сроков выразить волю на приобретение доли или промолчать, тем самым позволив произвести отчуждение доли инициатора продажи постороннему лицу. Может ли участник долевой собственности отказаться от своего преимущественного права или от его осуществления? Если отказ от осуществления преимущественного права последовал сразу же после получения уведомления о планируемой продаже, такой отказ недвусмысленно признается данной статьей. Но может ли участник долевой собственности отказаться от своего преимущественного права заранее (абстрактно или под условием продажи доли на тех или иных условиях либо тем или иным третьим лицам)? Ответ на этот вопрос зависит от того, установлено ли данное преимущественное право императивно или диспозитивно. Если исходить из первого, то заранее выраженный отказ от такого преимущественного права ничтожен. Если же закон допускает исключение преимущественного права по соглашению участников долевой собственности, то вполне возможны и предварительный бесповоротный отказ от такого права, и тем более отказ от его осуществления с теми или иными рамками.

Вопрос о диспозитивности преимущественного права в сфере долевой собственности — это вопрос политики вещного права. Общая собственность, бесспорно, осложняет участие вещи в обороте, и правопорядок, по всей видимости, заинтересован в консолидации права собственности — на это и направлено правило о преимущественном праве. Таким образом, закон может стремиться к облегчению «собрания собственности» и ограничению возможностей сохранения *status quo*. Поскольку отказаться от реализации преимущественного права заранее гораздо проще, чем в случае действительного отчуждения доли, легализация «превентивного отказа» от преимущественного права может признаваться нежелательной с политико-правовой точки зрения. Впрочем, вопрос о том, насколько конституционно во имя достижения этой цели ограничивать свободу сторон по обоюдному

согласию «отключить» взаимные преимущественные права, может вызывать дискуссии.

### **2.7. Отказ от возражений в рамках относительного правоотношения**

Отказ от осуществления права в соответствии с п. 6 ст. 450.1 ГК РФ может касаться возражения (эксцепции), которое представляет собой особое правомочие (схожее с секундарным правом), реализуемое в виде подачи соответствующего процессуального заявления в ответ на иск другой стороны и направленное на формирование правовых условий для отклонения иска в целом или в части. Здесь применимы все те условия, о которых говорилось выше применительно к отказу от осуществления секундарного права (см. п. 2.5 комментария к настоящей статье). В то же время ряд общих выводов потребует некоторых адаптаций применительно к отдельным видам возражений.

Если право на подачу такого возражения закреплено императивно, заранее выраженный отказ от этого права или его осуществления невозможен. Так, например, в силу императивной природы правил об исковой давности (ст. 198 ГК РФ) ничтожно условие договора, «отключающее» право одной из сторон заявить о пропуске давности, а следовательно, невозможен и заранее выраженный односторонний отказ от такого возражения. Но после того, как давность истекла, и у стороны появилась возможность заявить возражение на случай подачи иска, сторона, обладающая возражением, может осуществить временный отказ от осуществления права на подачу такого возражения, если иск будет подан в течение определенного срока. При этом логично считать, что этот срок не может быть длиннее, чем полноценный срок давности по такому требованию. В то же время вряд ли в подобной ситуации возможен полноценный и бесповоротный отказ от права на указанное возражение.

Может возникнуть вопрос о том, зачем нужен такой отказ от осуществления права на возражение об истечении давности, если возможно просто признание долга, которое согласно правилам ст. 203 и 206 ГК РФ приводит к прерыванию неистекшей давности или возобновлению уже истекшей давности. На этот вопрос очень легко ответить. Во-первых, указанные правила ст. 203 и 206 ГК РФ неприменимы к преобразовательным искам, в которых речь не идет о взыскании долга. Например, сторона оспоримого договора не может своей волей признать долг и тем самым прервать или возобновить давность по иску об оспаривании договора, так как никакого долга может попросту не быть. Во-вторых, даже в тех случаях, когда речь идет о долге, должник может не быть готов признавать долг, так как сомневается в его наличии (например, когда речь идет о взыскании убытков), но при

этом готов участвовать в споре о взыскании убытков по существу и возместить убытки, если таковые будут доказаны. Конечно, такой должник может просто не ссылаться на истечение давности, но этот вариант может не устроить кредитора, который рискует тем, что понесет расходы на подготовку и подачу иска, уплату госпошлины, оплату услуг экспертов, а затем столкнется с тем, что должник передумает и все-таки использует свое возражение. В подобной ситуации стороны могут договориться о том, что должник отказывается от осуществления своего права на подачу возражения о пропуске давности, если кредитор заявит иск в течение определенного срока. Это может быть, например, частью выработанного соглашения об урегулировании взаимных претензий. Например, должник может отказаться от осуществления своего права на подобное возражение по иску о взыскании договорного долга о возмещении убытков в ответ на согласие кредитора продолжить дальнейшее с ним сотрудничество и пролонгацию договора на новый срок.

Из вышесказанного следует, что в ситуации, когда должник незадолго до подачи иска заявляет кредитору, что он не будет ссылаться на пропуск давности, если кредитор допустит ту или иную незначительную просрочку давности, данное заявление не может влечь формальную утрату права на возражение, поскольку такой отказ заявляется до созревания условий для осуществления возражения. В то же время, если будет доказано, что кредитор положился на это заявление и не стал торопиться с подачей иска, могут возникнуть основания признать поведение должника, который воспользовался доверчивостью кредитора, спровоцировал его оттянуть подачу им иска, а затем неожиданно заявил возражение о давности, в качестве злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и заблокировать такое возражение со ссылкой на эстоппель. Впрочем, здесь следует учитывать все обстоятельства, так как речь идет не о последствиях сделочного волеизъявления, а о применении принципа доброй совести. См. подробнее об эстоппеле п. 1.7 комментария к ст. 10 ГК РФ.

Если право на подачу соответствующего возражения закреплено диспозитивно и может быть «отключено» в самом договоре, то соответствующее лицо может как отказаться от самого права или его осуществления после возникновения соответствующих оснований, так и сделать то же заранее, хотя бы и на следующий день после заключения договора. Например, право кредитора возразить против истребования оказавшейся у него вещи должника в связи с реализацией кредитором механизма удержания по правилам ст. 359 и 360 ГК РФ установлено в законе диспозитивно и может быть исключено в договоре (п. 3 ст. 359 ГК РФ). Следовательно, возможен и односторонний

отказ от права на удержание вещи должника, и отказ от осуществления такого права в определенных пределах, как выраженные заранее, так и после возникновения оснований для удержания. Например, подрядчик, у которого находится вещь заказчика, может заявить об отказе от осуществления права на удержание вещи и подачу соответствующего возражения на иск об истребовании вещи, если к моменту подачи иска заказчик предоставит подрядчику банковскую гарантию в обеспечение соответствующего денежного долга.

### ***2.8. Отказ от иных прав в рамках относительных правоотношений***

Отказ возможен и в отношении иных прав. Так, например, возможен отказ залогодержателя как от залогового права в целом, так и от залогового старшинства при банкротстве должника или осуществления иных правомочий залогодателя. Последнее с опорой на п. 6 ст. 450.1 ГК РФ уже признано в судебной практике (см. Определение СКЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280(3)). Залог в большинстве случаев является порождением воли сторон или установлен в диспозитивных нормах закона. Как минимум в такого рода случаях залогодержатель может в одностороннем порядке как освободить вещь залогодателя от своего залогового права (см. подробнее п. 2.10 об отказе от абсолютных прав), так и отказаться от отдельных привилегий или преимуществ, которые ему дает залоговое право (это и залоговый приоритет при банкротстве, и право на внесудебное обращение взыскания на предмет залога, и право на присвоение предмета залога).

В тех случаях, когда право третьего лица давать согласие на совершение сделки установлено диспозитивно или вообще согласовано в договоре, возможен заранее выраженный отказ от такого права, что по сути равнозначно предварительному абстрактному согласию на совершение соответствующих сделок. Например, это касается тех случаев, когда в силу условий договора кредитор может совершить цессию неденежного требования третьим лицам только с согласия должника, но последний после заключения договора отказывается от своего «права вето» на такую уступку вообще или при условии уступки требования в пользу определенной категории третьих лиц либо на определенных условиях.

Еще один пример: в российском праве практически не разработан вопрос о возможности одной из сторон сделки отказаться от отлагательного или отменительного условия (*waiver of condition*), установленного в сделке исключительно в интересах этой стороны. Представляется, что такой отказ вполне возможен, если при этом права другой стороны ни в коей мере не ущемляются. Данный вывод следует из применения правил п. 6 ст. 450.1 ГК РФ об отказе от осуществле-

ния договорных прав (в отношении условных односторонних сделок возможность применения этого правила о договорах следует из ст. 156 ГК РФ). В ряде случаев действительно толкование сделки не оставляет никаких сомнений в том, что соответствующее условие установлено исключительно в интересах одной из сторон, и тогда эта сторона может выразить свою волю на исключение данного условия из структуры правоотношения. Например, в независимой гарантии могут быть установлены особые условия для удовлетворения требований бенефициара или отменительные условия, наступление которых влечет автоматическое прекращение гарантии. Представим, что гарант недвусмысленно выразил свою волю отказаться от своего права ссылаться на такие условия. Очевидно, что данный отказ вполне возможен и выгоден бенефициару, а поэтому должен связывать гаранта.

### ***2.9. Влияние перемены лица в относительном правоотношении на ранее совершенный одной из сторон такого правоотношения отказ от вторичных прав, преимущественных прав и возражений***

Как представляется, если сторона договора отказалась от своего вторичного права, вытекающего из такого договора, или от его осуществления (например, права на досрочное истребование кредита), либо участник общества отказался от своего преимущественного права или его осуществления, либо должник отказался от осуществления того или иного возражения, совершенный отказ при дальнейшей замене соответствующей стороны правоотношения (например, уступка требования, перевод долга, замена участника ООО в связи с отчуждением доли, универсальное правопреемство и т.п.) должен обременять правопреемника. Если, например, участник ООО отказался от своего преимущественного права, такой отказ связывает и то лицо, которое впоследствии купило долю данного участника, а при уступке банком своего требования к заемщику третьему лицу последнее не может воспользоваться своим правом потребовать акселерации долга в ответ на состоявшееся ранее нарушение ковенанта, если банк до уступки отказался от осуществления такого права по данному основанию.

Правопреемство предполагает переход прав и обязанностей в том их виде, который имелся к соответствующему моменту замены стороны правоотношения. Осуществленные отказы от вторичных прав, преимущественных прав или возражений (от их осуществления) обременяют те базовые права, которые затронуты правопреемством, и правовой эффект связанности в результате таких отказов переходит к правопреемнику. Этот вывод пока не может быть подкреплён ссылками на практику высших судов, но представляется вполне логичным.

### ***2.10. Отказ от права собственности***

Право лица отказаться от принадлежащего ему права собственности вытекает из общего конституционного принципа свободы распоряжения правом собственности (ч. 2 ст. 35 Конституции РФ). Однако на основании ч. 3 ст. 55 Конституции РФ оно может быть ограничено в отношении вещей со специальным правовым режимом (например, в отношении оружия и т.п.). Необходимо помнить также и о том, что сама по себе возможность отказаться от права собственности на вещь не свидетельствует о возможности сделать это любым удобным для собственника образом (например, выбросить в лесу). Подобные действия будут расцениваться как отказ от права собственности, но при этом одновременно могут представлять собой публичное правонарушение.

Ответ на вопрос о соотношении п. 2 ст. 9 ГК РФ и положений ст. 236 ГК РФ зависит от того, как мы понимаем правило п. 2 ст. 9 ГК РФ и содержащееся в нем указание на не влекущий по общему правилу прекращение права отказ от его осуществления. Но, как бы мы ни понимали положение п. 2 ст. 9 ГК РФ, правило ст. 236 ГК РФ, бесспорно, прямо допускает направленное на прекращение права собственности волеизъявление собственника.

#### ***(а) Отказ от права собственности на движимую вещь***

Статья 236 ГК РФ однозначно позволяет собственнику отказаться от права собственности на движимую вещь, либо объявив об этом, либо совершив иные действия, «определенно свидетельствующие о его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на это имущество».

Статья 226 ГК РФ в п. 1 приводит наиболее распространенный способ такого конклюдентного распоряжения: выбрасывание или оставление вещи с целью отказа от права собственности на них. Наиболее, пожалуй, типичным и соответствующим обычаю конклюдентным способом отказа от права собственности на движимую вещь выступает выбрасывание вещи в мусорный контейнер (согласно ст. 4 Федерального закона 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления» право собственности на отходы определяется в соответствии с гражданским законодательством, и на квалификацию такого отказа не влияет наличие договора на вывоз мусора). Могут быть и иные активно-конклюдентные формы выражения воли на отказ от права собственности.

Статья 226 ГК РФ говорит также о том, что собственник может объявить свою волю на отказ от права собственности прямо. Очевидно, что речь как минимум идет о письменной форме такого волеизъявления. Возможность устного отказа от права собственности на движимую

вещь зависит от применения в этом контексте правил ст. 158–162 ГК РФ о форме сделки. В практическом плане устный отказ от права может вызвать проблемы, связанные с тем, что сделка между гражданами на сумму более 10 тыс. руб. согласно ст. 161 ГК РФ требует письменного оформления, а в случае несоблюдения письменной формы п. 1 ст. 162 ГК РФ запрещает ссылаться на свидетелей при доказывании факта совершения такой сделки. Да, эта норма явно подразумевает соглашение («сделка между»), но с точки зрения системного толкования было бы странно, если бы закон требовал оформлять письменно договор продажи подержанного смартфона на сумму 11 тыс. руб. и позволял совершить односторонний отказ от права собственности на автомобиль стоимостью в миллионы рублей в устной форме. Так что здесь, вероятно, требуется расширительное толкование правила ст. 161 ГК РФ.

Воля на отказ может быть выражена как неограниченному кругу лиц (например, в виде размещенного за стеклом старого автомобиля объявления), так и любому конкретному лицу (например, соседям).

Подобный отказ, выраженный прямо в форме соответствующего объявления воли или фактическими конклюдентными действиями, представляет собой одностороннюю сделку, поскольку воля лица направлена на прекращение принадлежащего ему права собственности и для возникновения у других лиц права правомерно завладеть данной вещью достаточно выражения собственником этой воли. Правовым результатом совершения данной сделки выступает, однако, не прекращение права собственности: по общему правилу, закрепленному в ст. 236 ГК РФ, отказ от права собственности не влечет автоматического прекращения прав и обязанностей собственника в отношении соответствующей вещи до приобретения права собственности на него другим лицом. Таким образом, в результате этой односторонней сделки создается для других лиц лишь возможность легального завладения вещью и возникает перспектива впоследствии вступить в права собственности на нее. Отказ от права собственности является именно односторонней сделкой, а не «публичной офертой для приобретения права собственности». До приобретения права собственности на выброшенную вещь другим субъектом выбросившее ее лицо остается собственником со всеми вытекающими последствиями: оно по-прежнему несет бремя содержания вещи и отвечает за вред, причиненный этой вещью.

Идея о том, что отказ от права собственности не прекращает сам по себе право собственности, видимо, связана с нежеланием законодателя признавать существование вещей, на которые нет права собственности ни у кого. Видимо, законодатель исходит из того, что, если

собственник хочет прекратить свое право собственности на движимую вещь немедленно, ему следует либо произвести отчуждение вещи третьему лицу (например, подарить), либо уничтожить в соответствии с предусмотренными правилами.

Как представляется, собственник всегда может дезавуировать свой отказ от права собственности, как минимум до момента, когда данная вещь оказалась во владении другого лица. Например, выбросив что-то в мусорный контейнер, собственник может передумать и изъять вещь из такого контейнера; сделав публичное объявление об отказе от права собственности на старый велосипед, собственник может передумать и отозвать его путем соответствующего объявления.

Приобретение права собственности на движимую вещь, от которой собственник отказался, осуществляется на основании правил ст. 226 ГК РФ. Такое приобретение возможно путем вступления во владение соответствующими вещами тем лицом, в собственности, владении или пользовании которого находится земельный участок, водный объект или иной объект, где находятся а) брошенная вещь, если стоимость такой вещи явно меньше 5 МРОТ, либо б) «брошенные лом металлов, бракованная продукция, топляк от сплава, отвалы и сливы, образуемые при добыче полезных ископаемых, отходы производства и другие отходы». В остальных случаях (в первую очередь когда вещь завладел не собственник участка, водоема или иного объекта, где находится брошенная вещь, а иное лицо) для приобретения права собственности потребуются вынесение судебного решения о признании вещи бесхозной. По тексту закона такая судебная процедура нужна будет даже тогда, когда вещь стоит всего несколько тысяч рублей (например, игрушка), если ее собирается приобрести не тот, кто является собственником участка или водоема либо иного объекта, где вещь была оставлена.

Буквальное прочтение закона приводит к выводу, что по общему правилу (за исключением специфических случаев, указанных в ст. 226 ГК РФ) одного лишь вступления во владение недостаточно для приобретения права собственности и прекращения права собственности прежнего собственника. Завладевшее вещью лицо по букве закона станет собственником вещи либо по результатам рассмотрения его иска о признании вещи бесхозной (ст. 226 ГК РФ), либо по истечении пяти лет на основании правил о приобретательной давности (ст. 234 ГК РФ). До наступления одного из этих двух фактов право собственности остается у лица, заявившего отказ от нее. Иначе говоря, если собственник отказался от своего старого телевизора и выставил его у мусорного бака, заявив, что кто угодно может его



присвоить, и сосед действительно решил забрать телевизор себе, право собственности на него парадоксальным образом все еще сохранится у первоначального собственника, а это, в свою очередь, может означать, что в случае его банкротства телевизор попадет в его конкурсную массу и не попадет в конкурсную массу соседа при банкротстве последнего; кроме того, сосед все это время не сможет его продать, не имея распорядительной власти. Но самое интересное состоит в том, что лицо, отказавшееся от своего права собственности, может через пару недель передумать и потребовать от правомерно завладевшего вещью лица немедленно вернуть телевизор, угрожая подать виндикационный иск, и бороться с таким противоречивым поведением придется, видимо, за счет правил о злоупотреблении правом и эстоппеле. Правило о необходимости соблюдения судебной процедуры для возникновения права собственности у лица, завладевшего вещью, от которой собственник ранее отказался, имело бы смысл, если бы ограничивалось случаями «неявного отказа», как, например, в ситуации с автомобилем, давно оставленным на опушке леса. В очевидных же случаях, в частности при выбрасывании вещи в мусорный контейнер или прямом объявлении об отказе от права собственности, требование судебного разбирательства представляется абсолютно чрезмерным.

Со столь странным решением законодателя разбираться детальнее в рамках комментария к ст. 9 ГК РФ не вполне уместно. Важно лишь обозначить, что, если всерьез относиться к написанному в ст. 236 и 226 ГК РФ и считать, что отказ от права собственности не влечет прекращение этого права даже после правомерного завладения вещью другим лицом, следует тогда хотя бы оговорить, что собственник не может произвольно отозвать свой отказ от права собственности после того, как другое лицо правомерно вступило во владение вещью.

При этом, если лицо обнаружило движимую вещь без видимого хозяина, оно не должно по умолчанию делать вывод, что от права собственности на эту вещь собственник отказался. Это должно прямо следовать из заявлений собственника и обстоятельств, которые могут указывать на конклюдентный отказ от права собственности (в том числе с учетом места обнаружения такой вещи и характера вещи). Например, если на свалке обнаружен поломанный радиоприемник, разумное лицо может логично определить волю собственника, кто бы им ни был, на отказ от права собственности, но если у мусорного контейнера обнаружена новая детская коляска, вывод о конклюдентном отказе хозяина коляски от права собственности на нее был бы поспешен (вполне возможно, что родители просто отошли в сторону).

Если на дороге прохожий обнаружил кошелек, разумное лицо может и должно допустить, что это вещь не брошена осознанно, а просто потеряна. И, следовательно, если прохожий кошелек поднял, здесь будут применяться правила о находке (ст. 227–228 ГК РФ).

В некоторых случаях закон может устанавливать специальные правила отказа от права собственности на движимое имущество (например, в случае таможенной процедуры отказа от товара в пользу государства (ст. 186 Федерального закона от 3 августа 2018 г. № 289-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»), хотя ее правовая природа не вполне ясна).

*(б) Отказ от права собственности на недвижимость*

Применительно к земельным участкам закон прямо указывает, каким образом может быть осуществлено волеизъявление на отказ от права собственности. Например, ст. 53 ЗК РФ устанавливает порядок отказа от права на земельный участок — посредством подачи собственником земельного участка заявления о таком отказе в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество. Право собственности на этот земельный участок прекращается с даты государственной регистрации прекращения указанного права (п. 2). По общему правилу земельный участок, от права на который отказался собственник, с даты регистрации прекращения права становится собственностью городского округа, городского или сельского поселения либо — в случае расположения такого земельного участка на межселенной территории — собственностью муниципального района по месту расположения земельного участка (п. 1.1 ст. 19 ЗК РФ); в городах федерального значения «отказной» земельный участок становится собственностью города федерального значения, если законами этих субъектов РФ не установлено, что такой земельный участок является собственностью муниципальных образований, находящихся на их территориях (п. 3 ст. 18 ЗК РФ).

Согласно п. 1.1 ст. 12 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» отказ от права собственности на земельную долю в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения осуществляется путем подачи заявления в орган регистрации прав. Право собственности на земельную долю прекращается с даты государственной регистрации прекращения указанного права. Одновременно возникает право собственности на данную земельную долю у городского округа, городского или сельского поселения по месту расположения земельного участка, от права собственности на земельную долю которого осуществлен от-

каз, либо – в случае расположения такого земельного участка на межселенной территории – у муниципального района.

Порядок государственной регистрации прекращения права собственности на земельный участок установлен в ст. 56 Закона о государственной регистрации недвижимости.

Этот подход, увязывающий прекращение права собственности на земельный участок с государственной регистрацией, в полной мере соответствует правилу п. 2 ст. 8.1 ГК РФ, согласно которому «[п]рава на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом».

Рассмотренные выше специальные правила отказа от права собственности на земельный участок (долю в праве собственности на земельный участок сельскохозяйственного назначения) устанавливают и последующую судьбу имущества: оно автоматически переходит к публичному собственнику. Согласия последнего не требуется. Он вынужден принимать «на баланс» такие участки, как и в случае с выморочным имуществом.

Возможен ли отказ от права собственности на жилые или нежилые помещения, машино-места, здания или сооружения? Установленная в ст. 53 ЗК РФ специальная процедура отказа от права собственности, проявляющаяся в форме подачи заявления в Росреестр, регистрации прекращения права собственности и автоматической регистрации права публичной собственности, касается лишь земельных участков – к иным объектам недвижимости она неприменима. Но здесь работает другая процедура.

Особый механизм отказа от права собственности предусмотрен для случаев отказа граждан от права собственности на приватизированное жилье. Статья 9.1 Закона РФ 4 июля 1991 г. № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» и ст. 20 Вводного закона к ЖК РФ устанавливают, что граждане, приватизировавшие жилые помещения, являющиеся для них единственным местом постоянного проживания, вправе передать принадлежащие им на праве собственности и свободные от обязательств жилые помещения в государственную или муниципальную собственность, а соответствующие органы исполнительной власти, органы местного самоуправления или уполномоченные ими лица обязаны принять их в собственность и заключить с этими гражданами договоры социального найма жилых помещений. По всей видимости, в этом случае тоже можно говорить именно об отказе от права собственности как односторонней сделке (а не о договоре безвозмездной передачи помещения от граждан в соб-

ственность публичного образования), поскольку, как постоянно отмечается в судебной практике, реализация гражданами права «деприватизации» не ставится в зависимость от волеизъявления соответствующих органов местного самоуправления и органов исполнительной власти и уполномоченных ими лиц, а раз их волеизъявление не требуется, остается признать, что это односторонняя сделка.

В остальных случаях отказ от права собственности на помещения, машино-места, здания или сооружения должен происходить по общим правилам, указанным в ст. 236 ГК РФ, но с учетом тех особенностей, которые установлены в ст. 225 ГК РФ, п. 10 ст. 32 Закона о государственной регистрации недвижимости и принятых в его развитие нормативных правовых актов.

Здесь работает следующий механизм. Собственник подает в соответствующий муниципалитет (или уполномоченный орган города федерального значения) заявление об отказе от права собственности (п. 30 Постановления Правительства РФ от 31 декабря 2015 г. № 1532). При этом право собственности согласно ст. 225 ГК РФ автоматически не прекратится, и собственность к публичному образованию автоматически не отойдет, но имущество будет поставлено на учет в качестве бесхозяйного Росреестром по заявлению соответствующего публичного образования и в последующем может быть обращено по заявлению публичного образования в публичную собственность в судебном порядке. Бесхозяйная недвижимая вещь, не признанная поступившей в публичную собственность на основании решения суда, может быть вновь принята во владение, пользование и распоряжение оставившим ее собственником либо приобретена другим лицом по правилам о приобретательной давности.

С учетом того, что согласно ст. 236 ГК РФ отказ от права собственности не влечет сам по себе утрату права собственности на здание, сооружение, помещение или машино-место, пока некто другой (публичный собственник в судебном порядке или новый частный собственник по правилам о приобретательной давности) не вступил в права собственности в отношении данной бесхозяйной недвижимости, обязанности собственника по содержанию вещи и уплате соответствующих налогов остаются на нем. Поэтому, сколько ни заявлял собственник об отказе от права собственности на здание, на нем по-прежнему будет лежать ответственность за строение, пока право собственности по тому или иному основанию не приобретет другое лицо. Получается, что согласно ГК РФ недвижимость такого рода, несмотря на перевод в режим бесхозяйного имущества, остается в собственности лица, от нее отказавшегося.

Небезынтересно будет отметить, что согласно ранее действовавшей редакции ст. 53 ЗК РФ отказ от права собственности на землю осуществлялся также через перевод участка в режим бесхозяйного с постановкой его на учет в Росреестре и последующим возможным приобретением на него публичной собственности по суду по правилам ст. 225 ГК РФ или частной собственности через приобретательную давность. Но впоследствии в отношении земельных участков был установлен упрощенный режим перевода участка в публичную собственность (см. действующую редакцию ст. 53 ЗК РФ).

Разница способов отказа от права собственности на земельные участки и здания / сооружения на них в сочетании с принципом единства судьбы здания или сооружения и земельного участка под ним может приводить к любопытным спорным ситуациям. Например, возможен ли отказ от права собственности на земельный участок, на котором находится принадлежащее тому же лицу здание, от права на которое оно в порядке ст. 236 и 225 ГК РФ отказываться не собирается? Или, наоборот, отказ от права собственности на здание или сооружение по смыслу п. 1 ст. 225 и ст. 236 ГК РФ с неминуемым переводом здания или сооружения в режим бесхозяйного недвижимого имущества без отказа от права собственности на земельный участок в порядке, предусмотренном в ст. 56 ЗК РФ? Эти сложные вопросы заслуживают отдельного обсуждения в рамках комментария к соответствующим правилам ГК РФ о праве собственности.

Как мы видим, в отношении ряда видов недвижимости закон предусматривает особую процедуру отказа, предусматривающую обращение с заявлением в Росреестр (применительно к земельным участкам) или в соответствующее публичное образование (приватизированное жилье, иные помещения, здания, сооружения и машино-места). Такая процедура гарантирует (в случае с землей) обращение объекта недвижимости в публичную собственность или предоставляет публичному образованию своеобразный опцион на регистрацию права публичной собственности на объект (в случае с иными объектами недвижимости).

Но следует ли из этого, что не оформленное в виде какого-то «официального» заявления волеизъявление на отказ от права собственности (например, в виде вывешивания объявления на своем здании или публикации в местной газете) не будет иметь юридическую силу?

Если считать, что отказ от права собственности на недвижимое имущество возможен только в форме соответствующего обращения в госорган, то публичные образования получают приоритетное право на приобретение таких объектов недвижимости, что снижает вероятность их приобретения частными лицами, которые решают завладеть

объектом, от которого собственник отказался, по приобретательной давности. Если же исходить из того, что отказ возможен и в простой форме объявления или конклюдентных действий, то госорган об этом, скорее всего, не узнает, и частное лицо, занявшее брошенный объект недвижимости, получает шанс приобрести на него право собственности по приобретательной давности.

Учитывая огромное число брошенного недвижимого имущества, заметим, что вопрос этот имеет огромное политико-правовое значение.

Целый ряд определений СКГД ВС РФ как будто бы указывает на то, что как минимум в отношении помещений Суд не видит проблемы в том, что отказ от права собственности будет произведен в конклюдентной форме, без направления заявления в соответствующий публичный орган (определения СКГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 33-КГ16-12, от 20 декабря 2016 г. № 127-КГ16-12, от 11 апреля 2017 г. № 87-КГ17-1, от 31 июля 2018 г. № 81-КГ18-15). Но насколько такой же подход, допускающий конкуренцию процедур отказа, допускается в отношении земельных участков, пока судебной практикой не выяснено.

Как представляется, действительно, следует допускать отказ от права собственности на недвижимость не только в форме подачи заявления в управомоченный орган, но и в форме выражения соответствующей воли иным образом, в том числе путем объявления частным лицам. Иначе действие правил о приобретательной давности в отношении недвижимости будет *de facto* крайне ограничено. Поэтому после получения сообщения от собственника об отказе от своего права другое лицо может занять объект недвижимости, не рискуя быть обвиненным в неправомерном посягательстве на чужую собственность, и запустить срок приобретательной давности. При этом новый владелец станет собственником не сразу же, а только при условии непрерывного владения объектом в течение 15 лет и соблюдении иных условий приобретения собственности на недвижимость по приобретательной давности по ст. 234 ГК РФ. Может возникнуть вопрос о том, насколько логично сохранять этот разрыв во времени с учетом того, что собственник от своего права прямо уже отказался. Но иное решение из действующего законодательства не вытекает, так как распоряжение правом собственности должно регистрироваться (ст. 8.1 ГК РФ) и при отсутствии соответствующего заявления исходного собственника, адресованного Росреестру, регистрация прекращения собственности и возникновения ее у нового владельца невозможна. Единственный выход в условиях действующего законодательства — применять здесь правила о приобретательной давности. *De lege ferenda* же здесь можно

порассуждать о возможности судебного признания права собственности за новым владельцем и до истечения срока приобретательной давности, поскольку смысла в задержке в 15 лет в такой ситуации, когда речь идет о прямом отказе собственника от своего права, попросту нет.

В связи с наличием данной задержки в 15 лет может возникнуть интересный вопрос о том, что должно происходить, если новый владелец, положившись на прямой отказ собственника, правомерно оккупировал его недвижимость и владеет и пользуется ею открыто и добросовестно, допустим, 10 лет, а затем сталкивается с тем, что собственник решил передумать и вернуть себе владение. По общему правилу добросовестный владелец, рассчитывающий на приобретение собственности по давности, не имеет вещной защиты от собственника. Но в данной ситуации можно предположить возможность применения эстоппеля при явной недобросовестности собственника (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

Если мы допускаем не выраженный в форме соответствующего заявления в публичный орган отказ от права собственности на те или иные объекты недвижимости, встает вопрос о форме выражения такого отказа. Как уже отмечалось, это может быть в силу ст. 236 ГК РФ объявление своей воли или совершение собственником действия, «определенно свидетельствующего о его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на это имущество». Здесь возникает множество вопросов. Например, насколько корректен устный отказ от права собственности в отношении недвижимости с учетом того, что, как правило, иные сделки в отношении недвижимости по закону должны оформляться письменно под страхом ничтожности (см., например, ст. 550, 651 ГК РФ)? Можно ли отказаться от права собственности на дом или земельный участок в неформальном разговоре? И кому вообще должно быть адресовано такое объявление? Если в случае с движимыми вещами эти вопросы не столь актуальны, применительно к недвижимости они приобретают важное значение.

Как представляется, в большинстве случаев будет обязательна письменная форма такого отказа от права собственности на недвижимость. Это, во-первых, вытекает из общих правил о форме сделки (см. подробнее подп. «г» п. 2.4 комментария к настоящей статье), ведь согласно ст. 161 ГК РФ письменная форма обязательна для любых сделок между гражданами на сумму свыше 10 тыс. руб., а стоимость недвижимости, как правило, выше этого порога. Во-вторых, с учетом значимости прав на недвижимость письменная форма распорядительного волеизъявления кажется особенно уместной. При этом следует напомнить, что несоблюдение обязательной письменной формы будет согласно п. 1

ст. 162 ГК РФ влечь не ничтожность такой сделки отказа, а запрет ссылаться на свидетельские показания при возникновении споров о факте данного отказа. Поэтому, если сосед без спроса собственника занял его загородную дачу и проживает там в течение зимы, а впоследствии в ответ на претензии собственника, приехавшего на дачу в летний сезон, заявляет, что все это время правомерно оккупировал дачу, от права собственности на которую собственник ранее якобы отказался в устном разговоре, при взыскании с оккупанта неосновательного обогащения последний не может доказывать факт отрицаемого собственником разговора со ссылкой на свидетеля.

Другой вопрос состоит в том, можно ли считать конклюдентным отказом от права собственности просто факт устранения собственника от владения и использования объекта недвижимости. В отношении помещений, зданий и сооружений СКГД ВС РФ иногда отмечала, например, что «к действиям, свидетельствующим об отказе собственника от права собственности, может быть отнесено в том числе устранение собственника от владения и пользования принадлежащим ему имуществом, непринятие мер по содержанию данного имущества» (определения СКГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 33-КГ16-12, от 20 декабря 2016 г. № 127-КГ16-12, от 11 апреля 2017 г. № 87-КГ17-1, от 31 июля 2018 г. № 81-КГ18-15); «к действиям, свидетельствующим об отказе собственника от права собственности, может быть отнесено в том числе необеспечение надлежащего содержания имущества» (Определение СКГД ВС РФ от 13 сентября 2016 г. № 41-КГ16-33). Иногда высказывается и противоположная позиция: «...неиспользование истцом... принадлежащего ему на праве собственности земельного участка не может рассматриваться как злоупотребление правом с его стороны и служить основанием для лишения [истца] права собственности на данный земельный участок или для какого-либо иного ограничения во владении, пользовании, распоряжении им» (Определение СКГД ВС от 13 марта 2012 г. № 85-В11-7).

Как представляется, по общему правилу простое неиспользование права и даже неисполнение обязанностей, обременяющих это право, не свидетельствует об отказе от права. Если человек в силу каких-то обстоятельств (лежал в коме, сидел в тюрьме, жил за границей и т.п.) долгое время не заезжал на свой участок или не посещал одну из своих квартир, доставшихся ему по наследству, а кто-то, зная о собственнике и не пытаясь с ним связаться, неправомерно вторгся на участок или проник в квартиру и самовольно стал там проживать или осуществлять иные формы владения и пользования, это поведение никак не может быть объявлено правомерным на основании якобы выраженного от-



каза от собственности. Иначе права собственности окажутся крайне хрупкими, и откроется дорога для массовых захватов чужой частной собственности.

Для констатации конклюдентного отказа от права собственности требуется нечто большее, чем простое неосуществление собственником правомочий владения и пользования и неисполнение каких-либо обязанностей собственника. Например, неуплата коммунальных платежей или налогов в сочетании с фактом неиспользования объекта недвижимости не должна являться основанием для вывода о конклюдентном отказе собственника от своего права. См. подробнее о невозможности утраты права собственности в связи с его неиспользованием ниже.

*(в) Отказ от права собственности как сделка*

Отказ от права собственности является односторонней сделкой. Согласно господствующему в цивилистике воззрению, такой отказ относится к категории сделок, не требующих восприятия (адресованных всем и каждому). Если собственник сделал некое объявление, подал заявление или совершил конклюдентные действия, свидетельствующие о таком отказе, правовой эффект в виде возникновения у любого третьего лица права на присвоение вещи возникает независимо от того, восприняло ли это конкретное третье лицо данное волеизъявление. Если собственник, например, выразил свою волю на отказ от права собственности на движимую вещь, сообщив об этом соседям, а выставленную им у ворот участка вещь присвоил прохожий, который не знал об этом объявлении, поведение прохожего правомерно, пусть даже он сам считал, что завладевает вещью неправомерно. Не исключает квалификации в качестве сделки, не требующей восприятия, и отказ от права собственности на здания, сооружения, помещения и машино-места, и то, что собственник мог подать в муниципалитет заявление об отказе от права собственности. Ведь согласно закону третье лицо получает право занять эту недвижимость и приобрести право собственности по приобретательной давности, даже если оно не знало о таком заявлении. Исключением можно признать разве что отказ от права собственности на земельный участок, совершаемый по правилам ст. 53 ЗК РФ в форме подачи заявления в Росреестр и влекущий немедленное прекращение права частной собственности и перевод участка в публичную собственность.

*(г) Отличие отказа от права собственности от иных форм распоряжения вещью*

Следует отличать отказ от права собственности от договоров купли-продажи, дарения вещи или иных форм отчуждения вещи, предполагающих правопреемство. Иногда проведение этого различия потребует

уяснения воли собственника и интерпретации соответствующего прямо выраженного или конклюдентного волеизъявления. Особенно сложные случаи могут возникать при выражении воли на отказ от права собственности в адрес конкретного лица. Здесь потребуются установить, действительно ли собственник отказывается от права собственности по смыслу ст. 236 ГК РФ или выставляет оферту на дарение. В последнем случае, если адресат такой оферты завладевает движимой вещью, оферта может считаться акцептованной конклюдентно, и право собственности не возникнет у нового владельца первоначально в порядке, установленном в ст. 225 ГК РФ, а перейдет к новому владельцу в режиме правопреемства по правилам ст. 223 ГК РФ. Этот вопрос может иметь важное практическое значение для определения момента возникновения права собственности у нового владельца, а также для разрешения ряда иных вопросов. Например, если речь шла об оферте, никто другой, кроме указанного в оферте акцептанта, не может правомерно завладеть вещью и рассчитывать на приобретение права собственности. Если же это был отказ от права собственности, то даже если он был объявлен конкретному лицу, правомерно завладеть вещью и рассчитывать на приобретение права собственности по правилам ст. 225 ГК РФ может кто угодно.

Иногда сам закон необоснованно смешивает эти явления. Например, согласно п. 5 ст. 10 Закона РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела» «[в] случае утраты, гибели застрахованного имущества страхователь, выгодоприобретатель вправе отказаться от своих прав на него в пользу страховщика в целях получения от него страховой выплаты в размере полной страховой суммы». О том же с упоминанием об отказе от своих прав на застрахованное имущество говорит и ст. 278 Кодекса торгового мореплавания РФ. Такой институт именуется в страховом праве абандоном. С учетом того, что волеизъявление об абандоне переносит право собственности на застрахованное имущество на страховщика, речь, конечно же, идет не об отказе от права собственности по смыслу ст. 236 ГК РФ, а об особой форме отчуждения имущества конкретному лицу, предполагающей правопреемство.

*(д) Сохранение ограниченных вещных прав при отказе от права собственности*

Если право собственности на вещь обременено ограниченным вещным правом (залогом, сервитутом и др.), могут возникать сложные вопросы, связанные с судьбой таких прав при отказе собственника от своего права собственности. Очевидно, что в случае, когда новый собственник (например, публичное образование, к которому авто-

матически отходит собственность на земельный участок, от которого отказался собственник) знал или должен был знать о наличии соответствующих ограниченных прав в момент приобретения им права собственности, такие права сохраняются. Ипотека или сервитуты, зарегистрированные в ЕГРН, очевидны для нового (в том числе публичного) собственника, а потому должны сохраняться. Не имеет значения, идет ли речь о производном или первоначальном приобретении собственности. В случае с движимостью знание приобретателя о залоге куда менее вероятно, однако если будет доказано, что приобретатель знал или должен был знать о залоге, то залог сохранится и будет обременять нового собственника. Если нет, право залога прекратится при приобретении вещи новым собственником.

*(е) Утрата права собственности в связи с его неосуществлением*

Как уже упоминалось, отказ от права собственности как прямо направленное на прекращение права волеизъявление стоит отличать от неосуществления права, которое не выражает намерения прекратить право собственности и потому по общему правилу не прекращает его.

Но в ряде случаев исключения из этого правила прямо предусмотрены законом.

Например, в соответствии с ч. 4 ст. 6 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения может быть изъят у его собственника в судебном порядке в случае, если в течение трех и более лет подряд со дня возникновения у такого собственника права собственности на земельный участок он не используется для ведения сельскохозяйственного производства или осуществления иной связанной с сельскохозяйственным производством деятельности. Статья 284 ГК РФ также предусматривает изъятие земельного участка, который не используется в соответствии с его целевым назначением: земельный участок может быть изъят у собственника в случаях, когда участок предназначен для сельскохозяйственного производства либо жилищного или иного строительства и не используется для соответствующей цели в течение трех лет, если более длительный срок не установлен законом.

Согласно ст. 12.1 Федерального закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» принадлежащая гражданину земельная доля, которую он не передал в аренду или не распорядился иным образом в течение трех и более лет подряд, может быть признана невостребованной земельной долей (ч. 1). Орган местного самоуправления по месту расположения земельного участка составляет список лиц, чьи земельные доли могут быть признаны невостребованными (ч. 3), и впо-

следствии вправе обратиться в суд с требованием о признании права собственности на признанные не востребованными земельные доли.

В большинстве подобных случаев речь, конечно, идет не об «автоматическом» прекращении права собственности — для этого требуется судебное решение. И это оправданно, поскольку прекращение права собственности происходит без явно выраженной на то воли собственника.

При отсутствии подобных законодательных исключений действует общий принцип, согласно которому бездействие не рассматривается как волеизъявление на совершение сделки и тем более на отказ от права собственности на недвижимость.

Как может показаться, выбивающиеся из этой логики определения СКГД ВС РФ, рассмотренные в подп. «б» п. 2.10 комментария к настоящей статье выше, в которых говорится о том, что к действиям, свидетельствующим об отказе собственника от права собственности, может быть отнесено устранение собственника от владения и пользования принадлежащим ему имуществом, непринятие мер по содержанию данного имущества, имеют в виду как раз неосуществление собственником прав и обязанностей, вытекающих из права собственности, нежели целенаправленный отказ от своего права. Поскольку в жизни ситуации, когда недвижимое имущество оказывается заброшенным собственником, встречаются нередко, правовая судьба этого имущества не может быть оставлена без внимания правопорядком. В подобных случаях не должно исключаться приобретение этого имущества частными лицами по приобретательной давности, и это вполне возможно без обнаружения «волевого» отказа от права собственности, так как приобретение по давности права собственности на вещь, собственник которой неизвестен, вполне возможно. Но, как представляется, такое приобретение возможно и тогда, когда претендент имеет основания предполагать, что собственник имеется, но установление личности такового не представляется возможным ввиду того, что право на недвижимость возникло до введения в Российской Федерации системы государственной регистрации прав на недвижимость и не зарегистрировано в ЕГРН.

Но нередко суды идут дальше. Несмотря на то что у претендента были основания знать собственника, а прямой отказ от права собственности отсутствует, суды чувствуют, что в конкретных обстоятельствах было бы несправедливо считать владельца недобросовестным (т.е. в данном контексте оккупировавшим объект, зная о собственнике и не получив его отказ от права собственности) и отказывать ему в применении правил о приобретательной давности. Эта ситуация имеет

место, во-первых, тогда, когда собственником является публичное образование, к которому собственность отошла после смерти собственника в режиме выморочного имущества, но которое не беспокоится об оформлении прав на него и внесении соответствующей записи в ЕГРН, а во-вторых, когда собственник в течение долгих лет не просто не выражал интереса к своей собственности, но знал или должен был знать о владении третьим лицом данным объектом, несении им всех связанных расходов и не возражал против этого. Например, собственник никак не реагировал на попытки владельца с ним связаться для выяснения того, заброшен ли объект недвижимости, потому, что собственник желает от него отказаться, или по иным причинам, либо собственник сознательно уклонялся от диалога с владельцем на эту тему. Пример с публичным образованием может быть разрешен в духе Постановления КС РФ от 22 июня 2017 г. № 16-П, а в ситуации с молчаливым одобрением чужого владения и пользования нельзя увидеть сделочное волеизъявление на отказ от права, но в конкретных обстоятельствах можно увидеть основания для применения эстоппеля. Иначе говоря, с учетом конкретных обстоятельств, несмотря на то что собственник не выразил прямо отказ от права собственности, а может, и вовсе не намерен был от него отказываться, для признания оккупации добросовестной достаточно и пассивной формы одобрения или безразличия. Таким образом, искусственное расширение понятия отказа от права собственности за счет ситуаций неосуществления собственником прав собственности и безразличия к ней, возможно, не самый верный путь для обоснования применения правил о приобретательной давности. Такой путь просто противоречит базовым правилам о сделках, отказе от права, и отказе от права собственности в частности. Однако сказанное не исключает обоснования применимости приобретательной давности в данных обстоятельствах иным путем.

Здесь, впрочем, возникает множество сложных вопросов на стыке правил об отказе от права собственности и приобретательной давности. Все эти вопросы необходимо рассмотреть в комментарии к ст. 234 ГК РФ.

### ***2.11. Отказ от ограниченных вещных прав и утрата таких прав в связи с их неосуществлением***

#### ***(а) Отказ от ограниченного вещного права***

С учетом того, что ГК РФ допускает отказ от права собственности, логично предположить, что как минимум по общему правилу возможен и отказ от ограниченных вещных прав. Это следует из принципа *a fortiori*: если позволено большее, то позволено и меньшее. Но здесь многое зависит от существования соответствующего ограниченного вещного права.

ЗК РФ прямо регулирует процедуру отказа от права постоянного (бессрочного) пользования земельным участком и права пожизненного наследуемого владения земельным участком. Для этого необходимо подать заявление в предусмотренный ст. 39.2 ЗК РФ орган власти (п. 3 ст. 53), который в месячный срок со дня получения заявления принимает решение о прекращении соответствующего права. В указанном случае речь идет о волеизъявлении, прямо направленном на отказ от права.

Согласно ч. 11 ст. 39.50 ЗК РФ обладатель публичного сервитута в любое время вправе отказаться от «осуществления публичного сервитута». В данном случае закон имеет в виду, безусловно, отказ от самого права сервитута.

Интересно, что ст. 276 ГК РФ, устанавливающая общие основания прекращения сервитута, подобного способа не предусматривает. Нет никаких сомнений, что собственники участков, которые связаны соглашением о частном сервитуте, могут по своему усмотрению расторгнуть такое соглашение и тем самым прекратить сервитут. Как представляется, нет никаких оснований запрещать прекращать по соглашению сторон и тот сервитут, который установлен судом. Ведь частный сервитут установлен в частных интересах, и запрет на прекращение ограниченного вещного права по соглашению сторон вряд ли может быть признан обоснованным. Это просто противоречило бы базовым принципам гражданского права, а именно запрету на вмешательство в частные дела, автономии воли и свободе договора (п. 1 и 2 ст. 1 ГК РФ). В то же время вопрос о наличии у сервитуария права на произвольный односторонний отказ от обычного частного сервитута в случаях, прямо не указанных в специальных нормах, может вызывать споры. Если допустить, что у собственника служащего участка может быть свой собственный интерес в сохранении сервитута (например, получение платежей за использование своего участка), такой односторонний отказ допускать не следует. Кроме того, для решения вопроса о возможности одностороннего отказа от сервитута необходимо помнить об основной специфике сервитута как права, устанавливаемого не в пользу лица, а в пользу господствующей недвижимости, вследствие чего как его установление, так и прекращение, по общему правилу могут быть предопределяемы лишь возникновением и сохранением объективной нуждаемости в нем. Возможность отказа сервитуария от права сервитута, таким образом, представляет собой спорный на сегодняшний день вопрос, ответ на который лишь предстоит выработать.

Возможен ли отказ от права оперативного управления или хозяйственного ведения? В судебной практике высказана позиция о воз-

возможности отказа от права оперативного управления. В Определении СКЭС ВС РФ от 10 июля 2018 г. № 307-ЭС18-2637 указывается, что «суды первой и апелляционной инстанций пришли к обоснованному выводу о наличии у истца права на отказ от имущества, закрепленного за ним на праве оперативного управления.

<...>

...Бездействие ТУ Росимущества в Вологодской области, выраженное в непринятии в казну имущества, не используемого истцом, со ссылкой на отсутствие других учреждений, за которыми имущество может быть закреплено на праве оперативного управления, противоречит указанным выше полномочиям в сфере деятельности названного территориального органа». Но применительно к хозяйственному ведению Президиум ВАС РФ признал ничтожным отказ унитарного предприятия от значительного перечня имущества, закрепленного за ним на праве хозяйственного ведения и использованного предприятием в своей хозяйственной деятельности. Суд отверг довод о том, что допустимость отказа от права собственности предполагает и возможность отказа от права хозяйственного ведения, и посчитал, что такой отказ противоречит п. 3 ст. 18 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях». По его мнению, движимым и недвижимым имуществом государственное или муниципальное предприятие распоряжается только в пределах, не лишаящих его возможности осуществлять деятельность, цели, предмет, виды которой определены уставом такого предприятия (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 ноября 2008 г. № 10984/08). Вряд ли основанием разницы в подходах может являться то, что «собственник не наделен правом изымать... имущество, находящееся в хозяйственном ведении государственного (муниципального) предприятия» (абзац второй п. 40 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8), в то время как имущество, переданное учреждению или казенному предприятию на праве оперативного управления, может быть изъято собственником (п. 2 ст. 296 ГК РФ), ведь речь идет о действиях не собственника, а обладателя ограниченного вещного права. По всей видимости, различие подходов вызвано прежде всего разделяющим соответствующие судебные акты десятилетием, а также тем, что унитарные предприятия в силу истории своего происхождения часто продолжают восприниматься не как самостоятельные субъекты, реализующие свои права в собственных интересах и по своему усмотрению, а, скорее, как «частноправовое продолжение публичного собственника», не обладающее соответствующим усмотрением. Учреждение же появилось в ГК РФ как «универсальная» форма

юридического лица, собственником имущества которого может быть как частный, так и публичный субъект. Таким образом, возможность отказа унитарного предприятия от своего права хозяйственного ведения или публичного учреждения от права оперативного управления требует дальнейших исследований.

Отказ от права залога представляется вполне возможным, если он осуществляется по соглашению с залогодателем. Но если признать, что у залогодержателя нет самостоятельного интереса в сохранении залога, логично допустить, что отказ от залогового права возможен и в одностороннем порядке, в форме односторонней сделки. Таким образом, если залогодержатель решил прекратить свое залоговое право, он вполне может это сделать как в форме расторжения договора залога по соглашению с залогодателем, так и в форме одностороннего отказа от залогового права. В Определении СКЭС ВС РФ от 1 августа 2016 г. № 308-ЭС15-6280(3) суд прямо признал, что «[з]акон не запрещает залогодержателю отказываться от части своих прав, вытекающих из залога (в том числе и частично, освободив от возможных правоприязаний часть стоимости заложенного имущества)». Основанием для такого вывода стало в том числе положение п. 6 ст. 450.1 ГК РФ об отказе от осуществления договорных прав, а также тезис о том, что «[о]граничение гражданских прав возможно только на основании федерального закона (пункт 2 статьи 1 ГК РФ)». В данном деле залогодержатель отказался от залогового обеспечения в ситуации банкротства основного должника, так как посчитал, что незалоговый статус дает ему больше преимуществ в рамках такого дела (как известно, незалоговые кредиторы имеют более широкие права голоса на собрании кредиторов в деле о банкротстве). Но нет серьезных причин запрещать отказ от права залога и до впадения основного должника в просрочку, — разумеется, без негативных последствий для должника.

*(б) Неосуществление ограниченного вещного права*

Неосуществление ограниченного вещного права само по себе по общему правилу не влечет прекращение данного права, поскольку такого основания для прекращения права в законе нет. Но это лишь общее правило. В некоторых указанных в законе случаях неосуществление ограниченного вещного права приводит к его утрате.

Если считать ипотеку вещным правом, то такой случай предусмотрен Законом об ипотеке: если залогодержатель не воспользуется правом оставить предмет ипотеки за собой в течение месяца после объявления повторных публичных торгов несостоявшимися, ипотека прекращается (п. 5 ст. 58). «Отказ взыскателя от оставления предмета



залога за собой означает прекращение ипотеки», — отмечается в Определении СКГД ВС РФ от 27 марта 2018 г. № 6-КГ18-3.

В Определении же СКГД ВС РФ от 1 ноября 2016 г. № 84-КГ16-7 указывается на то, что и пропуск исковой давности по обеспеченному обязательству (т.е. по сути бездействие залогового кредитора) приводит к прекращению залога. В Определении отмечается следующее: «...Если иное не установлено соглашением сторон, то истечение исковой давности по главному требованию, а следовательно, и по требованию об обращении взыскания на заложенное имущество, свидетельствует о невозможности реализации залогодержателем в одностороннем порядке своих прав в отношении предмета залога.

<...>

При указанных выше обстоятельствах в связи с пропуском срока исковой давности по основному требованию и отказом в иске по нему у залогодержателя отсутствует возможность как судебного, так и внесудебного обращения взыскания на заложенное имущество.

В перечне оснований прекращения залога, приведенном в пункте 1 статьи 352 Гражданского кодекса Российской Федерации, такого основания для прекращения залога прямо не указано.

Вместе с тем, по смыслу приведенных выше норм материального права, в случае невозможности обращения взыскания на заложенное имущество в счет исполнения обеспеченного залогом обязательства залог утрачивает обеспечительную функцию, а следовательно, подлежит прекращению».

Другой пример: публичный сервитут, установленный в порядке, предусмотренном ЗК РФ, прекращается на основании решения уполномоченного органа исполнительной власти или органа местного самоуправления, принявших решение об установлении публичного сервитута, если деятельность, для обеспечения которой установлен публичный сервитут, не осуществляется на протяжении двух и более лет (п. 4 ст. 48 ЗК РФ). В соответствии с ч. 5 ст. 20 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации — городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» правообладатель земельного участка, обремененного сервитутом, может требовать прекращения сервитута в судебном порядке, если обладателем сервитута не осуществляется деятельность, для целей которой был установлен сервитут, на протяжении трех и более лет, если иное не следует из целей установления сервитута или особенностей эксплуатации здания, сооружения, размещенных на этом земельном участке.

Важным примером прекращения ограниченного вещного права вследствие его неиспользования можно считать прекращение права пользования приватизированным жилым помещением лицом, которое на момент его приватизации имело равное с собственником право пользования этим помещением (ст. 19 Вводный закон к ЖК РФ). Это, по всей видимости, наиболее распространенное на данный момент ограниченное вещное право на жилое помещение. В соответствии со сложившейся правоприменительной практикой такое право может прекратиться в результате выезда правообладателя в другое место жительства. В Обзоре судебной практики ВС РФ за январь – июль 2014 г., утвержденном Президиумом ВС РФ 1 сентября 2014 г., отмечается, что по аналогии закона к таким ситуациям подлежат применению положения ст. 83 ЖК РФ («В случае выезда нанимателя и членов его семьи в другое место жительства договор социального найма жилого помещения считается расторгнутым со дня выезда, если иное не предусмотрено федеральным законом» (ч. 3)) (см. также разъяснения, содержащиеся в п. 32 постановления Пленума ВС РФ от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации»). При этом применительно к ст. 83 ЖК РФ ВС РФ указывает, что в ней говорится об одностороннем расторжении договора (см., например, определения СКГД ВС РФ от 7 ноября 2017 г. № 31-КГ17-6, от 19 сентября 2017 г. № 2-КГ17-12). Понятно, что в случае с жилищным узифруктом, основанным на ст. 19 Вводного закона к ЖК РФ, говорить о расторжении договора вряд ли возможно. Наверное, нельзя в таком случае говорить и о целенаправленном отказе от права, поскольку судебная практика свидетельствует, что право пользования в результате выезда прекращается как раз вопреки желанию пользователей. Видимо, тот же подход должен применяться в случае неиспользования жилого помещения и к иным правам «узифруктного типа» – основанным на легате (ст. 33 ЖК РФ) или договоре пожизненного содержания с иждивением (ст. 34) – в силу известного еще римскому праву принципа, согласно которому узифрукт вследствие неиспользования теряется.

## ***2.12. Отказ от личных неимущественных прав автора и исключительных прав***

Вопрос об отказе от права по-разному решается в российском законодательстве и доктрине в отношении личных неимущественных прав автора и исключительных прав.

Личные неимущественные права автора традиционно считаются в России неотторжимыми. Так, п. 2 ст. 1228 ГК РФ (относящий-

ся ко всем видам интеллектуальной собственности) устанавливает общее правило, что право авторства, право на имя *и иные личные неимущественные права* автора неотчуждаемы и непередаваемы, а отказ от этих прав ничтожен. Схожие нормы содержатся в ГК РФ применительно к отдельным видам интеллектуальной собственности (изобретению, полезной модели, промышленному образцу, селекционному достижению, топологии интегральной микросхемы) (п. 1 ст. 1265, ст. 1356, ст. 1418, ст. 1453 ГК РФ).

Моральное обоснование такой позиции лежит в опасении предоставления постороннему лицу контроля над личной сферой автора.

В то же время нет теоретических препятствий для того, чтобы допустить переход ряда личных неимущественных прав автора, а следовательно, и отказ от них. Так, в доктрине высказывалась позиция о возможности отчуждения права автора на неприкосновенность произведения и права на опубликование. А раз возможно отчуждение, то нет основания запрещать и отказ от права. В ряде зарубежных стран законодательство прямо допускает возможность отказа от личных неимущественных прав.

Почему же может требоваться отказ от личного неимущественного права? Прежде всего это связано с тем, что в современных условиях создания и использования сложных результатов интеллектуальной деятельности получение согласия от каждого автора, например, на любое (даже небольшое) изменение его произведения может серьезно затруднить использование произведения, дальнейшее его совершенствование, включение новых возможностей и т.д. Для того чтобы снизить риски неоправданного вторжения в личную сферу автора вместо полного отказа от личного неимущественного права можно предусмотреть отказ от осуществления определенных прав в указанных в договоре ситуациях.

Так, п. 3. ст. 1266 ГК РФ устанавливает, что в случаях, предусмотренных п. 5 ст. 1233 и п. 2 ст. 1286.1 ГК РФ, автор может дать согласие на внесение в будущем изменений, сокращений и дополнений в свое произведение, на снабжение его при использовании иллюстрациями и пояснениями, если это вызвано необходимостью (исправление ошибок, уточнение или дополнение фактических сведений и т.п.), при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения. Поскольку речь не идет о согласовании конкретных изменений, сокращений и дополнений, по сути, автор заявляет, что не будет использовать свои личные неимущественные права для того, чтобы заблокировать указанные выше действия пользователя.

Однако п. 3 ст. 1266 ГК РФ – это решение, предусмотренное для конкретного случая. Представляется, что такой подход может быть сформулирован в законодательстве как общий, что упростило бы взаимодействие авторов и пользователей результатов интеллектуальной деятельности.

Применительно к исключительному праву ГК РФ не устанавливает общего правила об отказе от права. Но непосредственно возможность отказа от исключительного права упоминается в отношении товарных знаков (ст. 1486), однако в отношении ряда других объектов ГК РФ указывает на возможность подачи заявления о досрочном прекращении действия соответствующего патента (ст. 1399 – применительно к изобретениям, полезным моделям или промышленным образцам; ст. 1442 – в отношении селекционных достижений) или свидетельства (п. 3 ст. 1536 – в отношении наименования места происхождения товаров), что влечет и прекращение исключительного права. Иначе говоря, от всех регистрируемых исключительных прав возможен полноценный отказ.

В то же время следует допускать возможность отказа и в отношении иных, нерегистрируемых исключительных прав, поскольку это не запрещено законом. Так, хотя и редко, но встречаются случаи отказа от исключительного права на произведения (можно вспомнить, например, отказ Л.Н. Толстого от прав на ряд произведений). К сожалению, в настоящее время российское законодательство не содержит правил об отказе от исключительного права на произведение, что можно признать определенным пробелом.

Частичным решением является п. 5 ст. 1233 ГК РФ, который говорит не о бесповоротном отказе от исключительного права на произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав, а об особой форме отказа от осуществления права. Согласно данной норме правообладатель может сделать публично, т.е. путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока. Иначе говоря, такой отказ от осуществления права должен содержать срок и может содержать условия, на которых третьим лицам предоставляется возможность свободного использования произведения (включая территорию, на которой разрешается безвозмездно использовать произведение). В течение указанного срока и с соблюдением оговоренных условий любое лицо вправе использовать данное произведение или данный объект смежных прав на опре-

деленных правообладателем условиях. Такой отказ от осуществления права носит безотзывный характер, а оговоренные в заявлении условия и срок не могут быть впоследствии изменены. Порядок размещения такого заявления устанавливается в Постановлении Правительства РФ от 8 июня 2019 г. № 745.

Но этот паллиативный инструмент исходит из того, что исключительное право остается у правообладателя, не предусматривая возможность полностью отказаться от исключительного права.

Причинами отсутствия общей нормы об отказе от исключительного права является сложность обеспечения защиты всех заинтересованных сторон в случае с нерегистрируемыми объектами (например, произведениями). В частности, механизм оповещения общества об отказе от права должен быть достаточно простым для лица, желающего отказаться от права, но в то же время для пользователя зачастую трудно убедиться, что заявление об отказе от права на определенное произведение исходит именно от правообладателя (а не какого-то недобросовестного лица). Впрочем, эта проблема чисто техническая и решаемая. Она могла бы решаться таким же образом, как согласно п. 5 ст. 1233 ГК РФ решается вопрос о публикации заявления об отказе от осуществления исключительного права на произведение в течение указанного срока.

Кроме того, необходимо обеспечить и интересы лицензиатов. Пункт 5 ст. 1233 ГК РФ стал попыткой опробовать новый подход к этой проблеме. Так, например, в п. 5 ст. 1233 ГК РФ указано, что правообладатель не имеет права публично заявить о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение «при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется исключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах». Впрочем, из упомянутой нормы не вполне понятно, прекращается ли такая исключительная лицензия. Вполне возможна такая интерпретация закона, при которой при наличии исключительной возмездной лицензии публикация об отказе от осуществления исключительного права на произведение просто не имеет силы.

Далее в законе говорится, что в случае, если правообладатель делает такое публичное заявление при наличии действующей возмездной неисключительной лицензии в тех же пределах, действие такой лицензии прекращается.

При этом в законе указано, что правообладатель, сделавший соответствующее заявление при наличии действующего лицензионного договора, должен возместить убытки, причиненные лицензиату. Судя по всему, эта норма однозначно касается случая с неисключительной

лицензией, которая прекращается при совершении правообладателем такой публикации об отказе от осуществления своего исключительного права; в данном случае убытки лицензиата могут быть связаны, например, с тем, что он выговорил себе лицензию на срок больший, чем тот срок, на который действует впоследствии заявленный отказ от осуществления исключительного права. Вопрос о том, применяется ли механизм возмещения убытков к случаям наличия исключительной лицензии, зависит от того, будем ли мы толковать п. 5 ст. 1233 ГК РФ как предусматривающий саму возможность отказа от осуществления исключительного права при наличии исключительной лицензии (напомним, что закон прямо запрещает делать такое заявление при наличии исключительной лицензии и буквально говорит о прекращении только неисключительных лицензий). Если из закона будет сделан вывод, что отказ от осуществления исключительного права на произведение при наличии исключительной лицензии в принципе невозможен, то и убытки вряд ли мыслимы.

Как мы видим, специальные нормы об интеллектуальной собственности не предусматривают полноценный механизм бесповоротного отказа от исключительных прав на нерегистрируемые объекты с переводом соответствующего произведения в режим общественного достояния; вместо этого устанавливаются правила, позволяющие правообладателю предоставить третьим лицам право безвозмездного использования произведения на оговоренных условиях и в течение оговоренного срока. С учетом того, что распространенная интерпретация п. 2 ст. 9 ГК РФ исходит из невозможности по общему правилу отказа от прав при отсутствии в законе указаний на иное, возникает видимое препятствие для полноценного отказа от подобного исключительного права. В то же время такое прочтение п. 2 ст. 9 ГК РФ — не единственно возможное. Как представляется, отказ от прав должен считаться допустимым не только тогда, когда это прямо оговорено в специальных нормах закона, но и во всех иных случаях, когда из существа самого права не вытекает невозможность такого отказа. Если право оборотоспособно, логично исходить из того, что существо права допускает возможность отказа от него. В этом плане следует допускать отказ от исключительных прав и на нерегистрируемые объекты, если соответствующее волеизъявление исходит от правообладателя и при этом не нарушает права конкретных лицензиатов на использование такого объекта, предоставленные по договорам исключительной лицензии. Обратный вывод был бы просто неконституционным и ограничивал бы экономическую свободу правообладателя без достаточных политико-правовых и конституционных оснований.

### 2.13. Отказ от наследственных прав

В сфере наследственного права закон предусматривает также целый ряд случаев отказа от права. Так, согласно ст. 1157 ГК РФ наследник вправе бесповоротно отказаться от наследства, т.е. от своего секундарного права на вступление в права наследования. Согласно п. 4 ст. 1137 ГК РФ легатарий по завещательному отказу вправе до истечения трехлетнего пресекательного срока на принятие завещательного отказа отказаться от принятия такого отказа (т.е. отказаться от своего секундарного права на принятие завещательного отказа). См. подробнее об этих формах отказа от права ранее вышедший том серии #Глосса<sup>1</sup>.

### Дополнительная литература

*Акимова И.И.* [Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства // Опыт цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М.: Статут, 2018. С. 45–72.](#)

*Бойко Т.С.* [Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3. С. 133–145.](#)

*Виниченко Ю.В.* [Бесхозяйность вещей: de jure vs. de facto // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2018. Вып. 40. С. 225–239.](#)

*Ёрш А.* Некоторые проблемы отказа от права постоянного (бессрочного) пользования и права пожизненного наследуемого владения земельным участком // *Хозяйство и право*. 2006. № 10. С. 28–35.

*Имекова М.П.* [Отказ лица от права собственности на земельный участок в системе оснований прекращения права собственности на землю // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 11. С. 1423–1428.](#)

*Саркисян А.В., Новосельнов Д.А.* [Об отказе от права и его последствиях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 4. С. 93–131.](#)

*Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* [Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014.](#)

*Шорстова (Абдрахманова) К.С.* [Негативные обязательства: сравнительно-правовой анализ // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Иссле-](#)

---

<sup>1</sup> Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018.

довательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 301–334.

*Wilken S., QC, Ghaly K.* The Law of Waiver, Variation and Estoppel. Oxford University Press, 2012.

## Статья 10. Пределы осуществления гражданских прав

**1.** Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

**2.** В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, а также применяет иные меры, предусмотренные законом.

**3.** В случае, если злоупотребление правом выражается в совершении действий в обход закона с противоправной целью, последствия, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, применяются, поскольку иные последствия таких действий не установлены настоящим Кодексом.

**4.** Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

**5.** Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

### *Комментарий*

#### **1. Запрет злоупотребления правом и принцип добросовестности**

Комментируемая статья еще с 1995 г. запрещала злоупотребление правом. На фоне расширения сферы применения принципа добросовестности и интеграции данного принципа в п. 3 ст. 1 ГК РФ и ряде других норм неминуемо вставал бы вопрос о соотношении принципа доброй совести и доктрины злоупотребления правом. Этот вопрос традиционен для многих стран, которые признают и принцип доброй со-



вести, и запрет на злоупотребление правом. Российский законодатель не стал откладывать решение этой проблемы и вместе с интеграцией в ГК РФ принципа доброй совести уточнил с 1 марта 2013 г. в п. 1 ст. 10 ГК РФ, что злоупотребление правом – это заведомо недобросовестное осуществление права. Закон в п. 3 ст. 1 ГК РФ требует добросовестного поведения при осуществлении и защите права, и нет смысла нарушение принципа добросовестности при осуществлении и защите права, с одной стороны, и злоупотребление правом, с другой стороны, воспринимать как различные правовые феномены. Куда логичнее запрет на злоупотребление правом приравнять к недобросовестным осуществлению или защите права, т.е. представлять п. 1 ст. 10 ГК РФ как одну из эманаций принципа добросовестности. Это вполне традиционное для европейского права решение, логично согласовывающее между собой универсальную концепцию доброй совести и доктрину злоупотребления правом. В российской науке такое соотношение добросовестности и злоупотребления правом иногда ставилось и ставится под сомнение, но нам этот шаг законодателя кажется оправданным: не стоит множить сущности без необходимости. В любом случае в контексте системного толкования существующих редакций п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ иного вывода сделать попросту невозможно.

Иначе говоря, нет смысла искать какое-то специфическое значение доктрины злоупотребления правом. Речь идет о недобросовестности при осуществлении и защите права. Таким образом, злоупотребление правом представляет собой одно из проявлений принципа добросовестности.

«Добросовестность» – понятие оценочное и, как отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 1 ГК РФ, вбирающее в себя различные представления о социальном идеале (в первую очередь о справедливости социальных взаимодействий в обществе). Злоупотребление правом может выражаться в обходе закона, осуществлении права исключительно в целях причинения вреда другим лицам (шикана), недобросовестной конкуренции, извлечении чрезмерных преимуществ из асимметрии переговорных возможностей при заключении договора, заключении договора с целью причинения вреда интересам третьих лиц или публичным интересам, недобросовестном осуществлении вторичных прав (например, на отказ от договора или изменение договора), недобросовестном использовании возражений (например, об истечении давности), осуществлении права после того, как управомоченное лицо своим поведением позволило сформироваться у другого лица разумным ожиданиям по поводу того, что данное право использоваться не будет (эстоппель), и во многом другом.

Иногда злоупотребление правом пытаются обозначить как осуществление права вопреки его социальному назначению, но такое определение представляется заузненным. Злоупотребление правом — это форма недобросовестного поведения, а недобросовестность — понятие открытое, по сути делегирующее судам правотворческую компетенцию уточнять, дополнять и корректировать формальные элементы права во имя справедливости и иных представлений о должном. Корректирующая функция доброй совести как раз и реализуется посредством доктрины злоупотребления правом. Впрочем, если считать, что социальное назначение конкретного права состоит в достижении людьми посредством реализации данного права своих собственных целей без переступания черты, за которой такое поведение будет нарушать принцип добросовестности во всей широте его корректирующей функции, то и такое определение можно принять. В конечном счете не столь принципиально, какое точное определение мы дадим доктрине злоупотребления правом, поскольку любое из таких определений с учетом текста ГК РФ и всей истории развития данного института будет опираться на понятие доброй совести. Куда важнее определить функции рассматриваемой доктрины, как она должна или не должна работать.

Злоупотребление правом должно констатироваться во всех случаях, когда закон, иные источники права или условия сделки (т.е. формальные элементы права) закрепляют за лицом некое субъективное право, определенную правовую возможность, предоставляют лицу правовое средство защиты этого права или иного правомерного интереса, но забывают ограничить гипотезу такой управомочивающей нормы или условия сделки в отношении тех или иных явно недобросовестных (несправедливых, социально неприемлемых) способов реализации соответствующих прав, правовых возможностей, средств защиты и т.п. Жизнь намного богаче каких-либо типичных формальных конструкций, а фантазия недобросовестных людей вообще безгранична — она способна извратить любые, казалось бы, самые безвредные правовые инструменты и превратить их из элементов права в орудие очевидного жульничества или способ несправедливого ущемления прав и интересов других лиц или общества в целом. Так как формальные элементы права не могут с абсолютной четкостью очертить пределы осуществления и защиты гражданских прав таким образом, чтобы все социально неприемлемые и девиантные практики оказались формально за рамками позитивного права, судам делегируется компетенция уточнять *ex post* границы свободы в осуществлении и защите прав за счет доктрины злоупотребления правом. Сформулированные формальные правила отражают обычно только некое типичное поведение и нередко не пе-

рекрывают различные варианты недобросовестного использования формальных прав, вытекающих из таких конструкций. И здесь на подмогу приходит доктрина злоупотребления правом.

В этом плане концепция, согласно которой правомерно и не может быть признано порочным и употребимым во зло поведение лица в рамках его формальных правомочий и которая некоторыми правоведами выводится из интерпретации латинской максимы *Qui suo iure utitur, neminem laedit*, давно не соответствует реалиям активного судебного правотворчества в условиях современного гипердинамичного социального и экономического развития. Злоупотребление правом, вопреки мнению некоторых цивилистов, не оксюморон. Просто пределы осуществления правом устанавливаются не только в формальных элементах права *ex ante* (законе, условиях сделки), но и в рамках судебного правотворчества *ad hoc ex post* на основе представлений о справедливости и социальном идеале в целом, отраженных в общих принципах гражданского права, включая прежде всего принцип доброй совести (п. 3 ст. 1 ГК РФ). Формально кажущееся законным поведение может оказаться неправомерным, если лицо ведет себя недобросовестно и суду при разрешении конкретного спора становится очевидно, что пределы свободы в осуществлении прав следует уточнить.

Поэтому нет ничего удивительного в том, что запрет на злоупотребление правом или недобросовестное осуществление права сейчас признается и активно применяется в большом числе развитых правовых порядков (см. подробнее комментарий к п. 3 ст. 1 ГК РФ). В одних странах запрет на злоупотребление правом прямо был закреплен в законе и воспринимается как недобросовестное осуществление права (в Швейцарии, Голландии, Испании, Португалии и др.). В других странах закон запрещает только отдельные формы злоупотребления правом (например, шикану), а в остальных случаях судебная практика борется со злоупотреблениями правом за счет общей доктрины добросовестности и вытекающих из нее частных концепций (например, в Германии).

Не приходится удивляться тому, что эта концепция бурно развивается в российской судебной практике. Как представляется, чем разнообразнее и динамичнее социальная жизнь и экономический оборот, глубже понимание правовых проблем и интенсивнее вовлечение судов в правотворчество, тем активнее будет применяться запрет на злоупотребление правом.

### ***1.1. Злоупотребление правом и субъективное отношение управомоченного лица к своему поведению***

Недобросовестное осуществление права должно согласно п. 1 ст. 10 ГК РФ носить заведомый характер. Может показаться, что законода-

тель тем самым хочет сказать, что только то поведение должно рассматриваться как злоупотребление правом, которое осуществляется с каким-то умыслом, злонамеренным мотивом. С этим сложно согласиться. Да, некоторые виды злоупотребления правом немислимы без некоего злого умысла (например, шикана, обход закона), но к другим видам злоупотребления правом это уже сложно отнести. Например, блокирование секундарного (преобразовательного) права на отказ от договора в связи с непоследовательным поведением может происходить вне какой-либо связи с неким умыслом. Учитывая разнообразие видов злоупотребления правом, считать злонамеренность неотъемлемым условием применения п. 1 ст. 10 ГК РФ вряд ли оправданно. См. подробнее о вине и добросовестности подп. 3.17 комментария к п. 3 ст. 1 ГК РФ.

Соответственно, слово «заведомо» в данном контексте, видимо, следует понимать следующим образом: суд должен признавать недобросовестными только те случаи осуществления и защиты права, когда недобросовестность абсолютно очевидна. По большому счету особой смысловой нагрузки этот термин, как представляется, не имеет, выступая, скорее, лишь как попытка предупредить судей о нежелательности ограничения субъективных прав без серьезных политико-правовых оснований. Доктрина злоупотребления правом может легитимно применяться только в самых вопиющих ситуациях, когда чувство справедливости восстает против формального правоприменения, а ущемление интересов общества или конкретных лиц достигает такого критического уровня, что совесть не позволяет мириться с тем результатом, который порождает реализация формального правомочия.

Недобросовестность в осуществлении прав может стать основанием для ограничения прав только тогда, когда формальное осуществление субъективного правомочия не просто неразумно или в той или иной степени нечестно, а причиняет нетерпимый ущерб интересам других конкретных индивидов или всего общества в целом.

### ***1.2. Методологические аспекты***

Альтернативным инструментом достижения целей блокирования злоупотребления правом в ряде случаев может являться метод объективно-телеологического толкования закона.

Например, когда злоупотребление состоит в недобросовестном использовании какого-то конкретного права, предоставленного законом, суд может осуществить объективно-телеологическую редукцию (ограничительное толкование гипотезы) нормы закона с опорой на соображения политики права и объективных целей позитивного права в современных условиях. В тех случаях, когда конкретное

право вытекает из положений закона, и суд видит, что данное право осуществляется недобросовестно, но закон просто забыл установить в норме соответствующее исключение, он может истолковать законодательную норму, дающую данное право, ограничительно и лишить спорное поведение лица характеристик формальной правомерности. Многие из указанных далее примеров применения судами доктрины злоупотребления правом могли бы быть решены судом именно так. Некоторые ученые считают, что такое решение лучше, поскольку, по их мнению, сама идея злоупотребления правом – оксюморон: правом невозможно злоупотребить, а если какое-то право используется во зло и оказывается инструментом достижения несправедливости, это значит лишь, что мы неправильно понимаем границы возможного применения права – следует просто путем толкования соответствующих норм усечь эти границы.

Данный путь кажется вполне возможной альтернативой. Более того, нередко в реальности суды еще до того, как практика применения доктрины злоупотребления правом распространилась (к концу первого десятилетия XXI в.), использовали именно такой метод. Конечно же, термин «телеологическая редукция» на страницах судебных решений найти непросто; суды вместо рассуждения о целях права, осознав на интуитивном уровне, что в законе просто не содержится необходимого исключения, объявляли, что из толкования закона следует, что норма не охватывает собой такого рода поведение, пусть при буквальном прочтении может и показаться иначе. В результате реализация права в конкретных обстоятельствах признавалась не основанной на законе.

Приведем здесь такой пример. Согласно п. 1 ст. 618 ГК РФ при досрочном прекращении договора аренды субарендатор имеет право потребовать от арендодателя заключения с ним напрямую договора аренды на имущество, находившееся в его пользовании в соответствии с договором субаренды, в пределах оставшегося срока субаренды на условиях, соответствующих условиям прекращенного договора аренды. Но что, если сам договор субаренды был заключен без необходимого в силу закона согласия арендодателя? Представим, что само расторжение договора аренды было предопределено незаконной сдачей арендатором имущества в субаренду в нарушение соответствующего запрета или без согласия арендодателя, однако субарендатор после расторжения договора аренды и прекращения производного от него договора субаренды тем не менее потребовал от арендодателя заключения с ним прямого договора. Не вызывает сомнений, что в такой ситуации арендодатель вправе отказать в заключении договора с таким

субарендатором. Это абсолютно очевидно, если сам субарендатор был недобросовестным и, заключая договор субаренды, знал о неправомерности такого шага, но, как представляется, даже если при заключении договора субаренды субарендатор был субъективно добросовестен (например, был введен арендатором в заблуждение по поводу наличия согласия арендодателя), его попытка настоять на заключении с ним прямого договора, несмотря на знание на момент обращения с таким требованием о том, что арендодатель был против сдачи своего имущества в субаренду, кажется недобросовестной и должна пресекаться. Арендодателю не может быть навязано правоотношение с лицом, с которым он не желал вступать в правовую связь и не выражал на это свое согласие ни прямо, ни косвенно (в форме одобрения сдачи имущества в субаренду). Но как правовая система может обосновать отказ в удовлетворении такого требования о заключении прямого договора? Конечно, арендодатель может в ответ на иск о принуждении к заключению прямого договора с субарендатором предъявить встречный иск об оспаривании договора субаренды на основании ст. 173.1 ГК РФ в связи с отсутствием необходимого в силу закона согласия третьего лица (в данном случае — арендодателя). Но, как представляется, эта санкция избыточна: у арендодателя после прекращения договора аренды нет никакого интереса в том, чтобы ретроспективно аннулировать сделку субаренды между арендатором и субарендатором и обрекать их на реституционные отношения, — он просто не желает вступать в прямой договор с субарендатором, и здравый смысл подсказывает, что этот интерес арендодателя в описанной ситуации заслуживает защиты. Соответственно, правовая система может использовать для обоснования отказа в иске запрет на злоупотребление правом, посчитав, что попытка субарендатора потребовать заключения прямого договора на основании общего правила ст. 618 ГК РФ в заданных условиях представляет собой недобросовестное осуществление права. Но вполне мыслимо и альтернативное решение: суд может просто истолковать соответствующую норму ст. 618 ГК РФ о праве на заключение прямого договора ограничительно за счет выведения исключения на случай, когда договор субаренды был заключен помимо воли и при отсутствии согласия арендодателя.

Впрочем, у метода телеологического толкования есть и свои сложности.

Во-первых, когда суд ограничительно толкует норму, он пытается представить дело так, что в ней просто потерялось то или иное исключение, которое со всей очевидностью вытекает из телеологии данной нормы (например, определенная норма по своей букве касается любых

организаций, но по своим целям явно должна распространяться только на коммерческие организации). В то же время недобросовестность осуществления права часто проявляется в условиях сочетания целого ряда специфических обстоятельств. Иногда суду сложно представить, что в законе могло бы содержаться такое казуистическое исключение из соответствующей нормы, и поэтому тезис о том, что следует толковать ее ограничительно и не применять в ситуациях, когда имеются одновременно обстоятельства А, Б, В и Г, может выглядеть несколько искусственно. В таких ситуациях суду психологически комфортнее не пытаться изворачиваться с ограничительным толкованием законодательной нормы, а просто применить *ex post* универсальный корректор провалов формального элемента права (добрую совесть) и заблокировать право через ст. 10 ГК РФ.

Во-вторых, этот альтернативный метод ограничительного толкования дает сбой, когда речь идет о недобросовестном осуществлении права, вытекающего из сделки. Телеологическая редукция соответствующего условия договора посредством его толкования — несколько более экзотичное предприятие, чем давно известный праву метод ограничительного толкования законодательной нормы.

Но если сконцентрироваться на злоупотреблении правом, закрепленным в законе (а не в договоре), и отрешиться от некоторых вышеупомянутых технических сложностей, то на самом деле применение заложенного в ст. 10 ГК РФ инструмента коррекции формального правоприменения *ex post* приводит по своим последствиям примерно к тому же результату, что и творческая телеологическая редукция нормы закона. Отказ в защите права как базовая санкция на случай злоупотребления правом (п. 2 ст. 10 ГК РФ) равнозначен тому, что суд считает соответствующее поведение неправомерным и отказывается признавать его правовой эффект. Как уже отмечалось, нет смысла противопоставлять недобросовестность и неправомерность (см. подробнее подп. 3.16 комментария к п. 3 ст. 1 ГК РФ). Злоупотребление правом запрещено законом, а значит, попытка использовать право недобросовестно — это выход за правовые рамки. На это указывает и п. 4 ст. 10 ГК РФ, который говорит о том, что злоупотребление правом может повлечь нарушение чужого права, и в таких ситуациях лицо, допустившее злоупотребление, привлекается к ответственности. Нарушить чужое право можно, только выйдя за рамки своих прав; то же касается по общему правилу и привлечения к ответственности.

В итоге закрепленную в ст. 10 ГК РФ доктрину злоупотребления правом следует понимать как делегацию законом суду компетенции усекать сферу применения тех или иных правонаделяющих норм по-

зитивного права, условий сделки или иных источников субъективных прав в тех случаях, когда соответствующего исключения эти источники не предусматривают, но суду при рассмотрении спора становится очевидным, что в данной ситуации с учетом конкретных обстоятельств формальное осуществление субъективного права недобросовестно (приводит к явной несправедливости). По большому счету суд, применяя ст. 10 ГК РФ, подправляет закон, условия сделки или иные формальные элементы права во имя справедливости и иных представлений о социальном идеале, т.е., как и при осуществлении иных проявлений принципа доброй совести, он вступает на стезю правотворчества. Поэтому неудивительно, что ВС РФ прямо указывает на то, что «[п]о своей правовой природе злоупотребление правом — это всегда нарушение требований закона...» (определения СКГД ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 78-КГ19-4, от 31 июля 2018 г. № 5-КГ18-113, от 19 июня 2018 г. № 5-КГ18-91, от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27, от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54).

Из этого следует важный вывод. Применяя запрет на злоупотребление правом, суд должен пытаться кристаллизовать некое исключение из существующего правила или уточнение оно и применить его к факту спора. Суд не может и не должен просто перечислять все фактические обстоятельства спора и констатировать злоупотребление правом без попытки сформулировать новую правовую позицию. Он должен указать те конкретные обстоятельства, которые являются *необходимыми и достаточными* для вывода о злоупотреблении правом и установления вполне конкретного по своему содержанию ограничения формальных элементов права, вытекающих из закона или условий сделки. Модель, к которой следует стремиться, такова: суд заявляет, что норма закона при ее буквальном прочтении дает возможность подобного осуществления субъективного права, но с учетом обстоятельств А, Б и В становится очевидным, что поведение лица свидетельствует о заведомо недобросовестном осуществлении права (т.е. о злоупотреблении оным), а следовательно, данное поведение должно быть признано неправомерным и не получить судебное признание.

Но в ряде случаев функционал, который выполняет доктрина злоупотребления правом, может осуществляться за счет не ограничительного телеологического толкования, а расширительного телеологического толкования. Это имеет место, например, в ситуации, когда участники оборота пытаются недобросовестно обойти закон, устанавливающий конкретные императивные правила в отношении определенной правовой конструкции. В такой ситуации суд может вместо применения упомянутого в п. 1 ст. 10 ГК РФ запрета на злоупотребление правом



свободы выбора правовых средств достижения своих целей, когда такой выбор направлен на недобросовестный обход закона, просто расширительно истолковать гипотезы соответствующих обходимых императивных правил и подвести выбранный лицом способ достижения своих целей под действие этих правил. С учетом того, к чему, согласно судебной практике, приводит недобросовестный обход закона (применение обходимых правил), результат будет примерно тот же. См. подробнее об обходе закона п. 1.5 комментария к настоящей статье.

Итак, в большинстве случаев суды могут бороться со злоупотреблениями не посредством правил ст. 10 ГК РФ и концепции доброй совести, а за счет телеологического ограничительного или расширительного толкования закона. Выбор того или иного из указанных вариантов непринципиален. Иногда суду легче использовать ограничительное или расширительное толкование; это уместно делать в тех случаях, когда он может легко сформулировать дизайн нового содержания нормы за счет расширения или сужения ее гипотезы. В других случаях суду покажется уместнее использовать ст. 10 ГК РФ; такой шаг обычно логично выглядит тогда, когда вывод о неправомерности предопределяется множеством конкретных уникальных обстоятельств, которые чисто эстетически трудно себе помыслить учтенными в гипотезе нормы закона. Вариант с использованием ст. 10 ГК РФ оказывается безальтернативным лишь в случае, когда недобросовестным образом используется право, установленное в условиях сделки. Это происходит в силу того, что в отношении толкования условий сделки не принята та свобода, которую суды в странах континентально-европейского права, и в России в том числе, позволяют себе в отношении толкования положений закона или иных источников позитивного права.

Как бы то ни было, корректива, внесенная судом в таком решении в формальные элементы права, действует *ad hoc* и *ex post*, распространяясь лишь на стороны данного спора. Вполне возможно, что другой судья в рамках аналогичного спора тот же вопрос права решит иначе. Конечно же, любой спор уникален, но юридически значимые различия (т.е. те различия, которые могли бы разумно обосновать иное правовое решение) могут отсутствовать. Поэтому правотворчество *ad hoc* открывает путь к формированию правового неравенства: по сути одинаковые ситуации решаются разными судами по-разному. Это, безусловно, неприятный, но неизбежный аспект любого судебного правотворчества, включая самое банальное ограничительное или расширительное толкование закона или применение аналогии закона. Тем не менее такой эволюционный процесс обеспечивает необходимую динамику развития права и постепенный отбор оптимальных решений на уровень

правовых позиций ВС РФ. Накопление такой судебной практики и ее цементирование на уровне позиций ВС РФ позволяют постепенно обеспечивать правовую определенность и предсказуемость, так как в дальнейшем нижестоящие суды (как минимум те, которые всерьез воспринимают унификационные усилия ВС РФ) уже не испытывают творческих мук, а просто применяют соответствующее исключение, зафиксированное на уровне практики ВС РФ благодаря применению ст. 10 ГК РФ в спорах с аналогичными обстоятельствами. Это происходит как минимум до тех пор, пока очередному нижестоящему суду при разрешении конкретного спора не становится очевидным, что и эту поддержанную высшим судом позицию надо корректировать, уточнять или расширять.

Например, закрепленный на уровне практики ВС РФ тезис о злоупотреблении неким формальным правом и необходимости отказа в его защите при наличии обстоятельств А, Б и В нижестоящий суд признает, но указывает, что в новом споре имеется еще и отсутствующее в фабуле «прецедентного» спора или гипотезе абстрактной правовой позиции ВС РФ обстоятельство Г, которое принципиально меняет дело и которое заслуживает того, чтобы обосновать «отличение» (*distinguishing*) данной ситуации от той модельной, которая легла в основу гипотезы правовой позиции ВС РФ. Если впоследствии это уточнение найдет поддержку на уровне практики ВС РФ, старая позиция будет считаться уточненной *erga omnes*: Суд уточнит, что злоупотребление данным субъективным правом имеется при наличии А, Б и В, но при отсутствии фактора Г. Но, естественно, и на этом процесс может не закончиться, поскольку другой судья по иному спору может также решиться запустить новый раунд правотворческой проработки того же вопроса. Например, он может рискнуть отступить от утвердившейся ранее правовой позиции ВС РФ, посчитав, что на самом деле злоупотребление спорным субъективным правом может быть обнаружено и при отсутствии обстоятельства А; это обстоятельство было в «прецедентном споре» и показалось высшему суду необходимым для вывода о злоупотреблении, но данный нижестоящий суд, столкнувшись с аналогичным спором, единственным значимым отличием которого является отсутствие обстоятельства А, может посчитать, что позицию ВС РФ можно расширить, и признать достаточным для объявления злоупотребления правом наличие обстоятельств Б и В. Этот диалектический процесс поиска оптимального регулирования, баланса между статикой и динамикой права бесконечен и будет продолжаться независимо от того, что об этом думают юристы, пока будет наблюдаться ди-

намика социально-экономических условий, ценностей, правовых теорий, идей и иных элементов культуры.

Если кто-то из юристов хочет увидеть этот динамический процесс мучительной выработки оптимального правового решения судами, ему достаточно посмотреть на то, как буквально на глазах за счет интенсивного диалога нижестоящих судов и ВС РФ ровно по описанной ранее модели идет проработка вопроса об условиях квалификации в качестве недобросовестных попыток участников обществ, попавших под процедуры банкротства, установить в реестре требований кредиторов такого общества свои притязания, возникшие в результате финансирования общества не через пополнение уставного капитала, а через займы (см. подробнее п. 1.11 комментария к ст. 807 ГК РФ)<sup>1</sup>.

О других аспектах методологии применения принципа добросовестности см. комментарий к п. 3 ст. 1 ГК РФ.

### ***1.3. Примеры злоупотребления правом: вводные замечания***

Перечислить все встречающиеся на практике некорректные или достойные поддержки случаи применения ст. 10 ГК РФ в практике российских судов в рамках настоящего комментария абсолютно невозможно, да и не нужно, поскольку обсуждение таких ситуаций куда уместнее в контексте анализа соответствующих институтов частного права, порождающих права, злоупотребление которыми стоит на повестке. Это было бы столь же странно, как и попытка собрать в отдельном томе комментария к ГК РФ все те случаи, когда суды ограничительно или расширительно толкуют различные законодательные нормы из разнообразных областей частного права или применяют аналогию закона. Без погружения в контекст конкретной правовой проблематики, связанной с соответствующим институтом, адекватно изложить и оценить логику соответствующего усечения судами субъективных прав под эгидой доброй совести и ст. 10 ГК РФ нельзя. Практика применения ст. 10 ГК РФ на уровне ВАС РФ и ВС РФ колоссальна по своему объему: это сотни правовых позиций, некоторые из которых вполне уместны, другие — не вполне. Поэтому далее мы просто для иллюстрации приведем несколько примеров из существующей судебной практики высших судов и ряд примеров, когда

---

<sup>1</sup> См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2019. С. 159–172 (п. 1.11) (автор комментария к п. 1 ст. 807 ГК РФ — А.Г. Карапетов). Здесь отражено состояние дел по данному вопросу на весну 2019 г., но вполне возможно, что, когда читатель будет читать эти строки, практика ВС РФ в своих поисках двинется дальше или прибьется к какой-то однозначной позиции.

применение ст. 10 ГК РФ хотя и не подтверждено практикой высших судов, но кажется уместным.

В целом на самом общем уровне представляется логичным увидеть две основные формы злоупотребления. Реализация или защита права в пределах формальных границ права явно недобросовестны и могут быть заблокированы, а также столкнуться с иными санкциями, предусмотренными в отношении злоупотребления правом, тогда, когда а) управомоченное лицо действует исключительно в целях причинения вреда другому лицу (шикана) либо б) настолько грубо нарушает баланс между частным интересом правообладателя в реализации (защите) своего права и интересами тех, кто страдает в результате реализации права, а также общественными интересами, что терпеть такую несправедливость правовая система не в состоянии. Большинство нижеуказанных примеров злоупотребления правом, помимо классической шиканы, может быть отнесено к вышеуказанной второй категории (обход закона, эстоппель и др.).

#### ***1.4. Примеры злоупотребления правом: шикана***

Осуществление права с исключительной целью причинить вред другому лицу или лицам обозначается как шикана. Эта форма злоупотребления правом является одной из самых древних, признается во многих правопорядках и национальных гражданских кодексах и прямо упомянута в п. 1 ст. 10 ГК РФ. Для шиканы требуется установить умысел на причинение вреда (имущественного или морального). Обычно шикана направлена на удовлетворение чувств мести, вредности, ненависти и иных форм личной неприязни и встречается чаще всего в отношениях между гражданами. Впрочем, нельзя исключить и роль таких мотиваций в отношениях с участием юридических лиц: в конечном счете юридическое лицо — это не рациональная машина, работающая по бесстрастному алгоритму, — за любой организацией стоят такие же люди с их сложными мотивациями и эмоциями.

При этом важно иметь в виду, что в тех случаях, когда вышеуказанная мотивация толкает на нарушение конкретных предписаний закона или условий сделки, защищающие права другого лица, нельзя говорить о злоупотреблении правом. Тут будет простое правонарушение, совершенное умышленно на основании низких мотивов. Так, например, если бывший супруг после развода распространит порочащую честь своей бывшей жены информацию с целью дискредитировать последнюю в глазах детей, родственников и общества в целом, сломать жизнь, причинить эмоциональную боль, налицо не злоупотребление правом в форме шиканы, а конкретный, поименованный в законе деликт, совершенный умышленно. Использование доктрины недобросовест-

ности и ее разновидности в виде запрета на злоупотребление правом востребовано лишь в тех случаях, когда конкретные нормы закона (помимо ст. 10 ГК РФ) формально не нарушаются, но явная несправедливость поведения требует вмешательства судов.

Ключевое отличие шиканы от иных форм злоупотребления правом состоит в том, что здесь сторона, осуществляя формально принадлежащее ей в силу закона, иных источников права или условий сделки право во вред интересам других лиц, само ничего от реализации права не выигрывает и какой-то собственный очевидный имущественный или неимущественный интерес, отличный от чисто эмоционального мотива навредить и причинить неудобства другому лицу, не преследует. Например, представим, что кредитор начинает предъявлять к должнику, обязанному уплатить сумму в 1 млн руб., сотни исков о взыскании по 1 тыс. руб. Очевидно, что кредитор не пытается защитить свой эгоистический интерес в ущерб должнику, переступая границы справедливости и разумности, а просто издевается над должником и судебной системой. Налицо шикана, и суд может на каком-то этапе просто начать отказывать в исках, пресекая продолжение этого цирка и посылая всем иным кредиторам на будущее сигнал о том, что суд не позволит играть с собой и с должником в подобные дурные игры.

В принципе, последствием шиканы может быть не только отказ в защите права по п. 2 ст. 10 ГК РФ, но и взыскание убытков на основании п. 4 ст. 10 ГК РФ и общих правил деликтной или договорной ответственности. Например, если шикана имела место в рамках отношений по исполнению обязательств, то злоупотребляющая сторона нарушает подразумеваемую обязанность добросовестного поведения при исполнении обязательств (п. 3 ст. 307 ГК РФ), и возникают основания для взыскания убытков по правилам гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства. Если же шикана имеет место вне связи с каким-то существующим обязательственным правоотношением, возмещение убытков должно происходить на основании правил п. 4 ст. 10 и гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности. Здесь мы будем иметь случай допустимого взыскания так называемых чистых экономических убытков деликтным иском (об этой проблеме см. комментарий к п. 1 ст. 15 ГК РФ).

### ***1.5. Примеры злоупотребления правом: обход закона***

#### ***(а) Понятие обхода закона***

Пункт 1 ст. 10 ГК РФ упоминает среди возможных вариантов злоупотребления правом обход закона. Эта норма была внесена в ГК РФ в 2013 г. после не очень характерных для российского научного дискурса бурных дебатов по поводу целесообразности такого шага. Ряд

ученых выступали категорически против, другие не менее энергично поддерживали идею внесения в ГК РФ указанной новеллы.

Обход закона на данный момент не имеет четкой дефиниции ни в законе, ни на уровне разъяснений судебной практики высших судов.

В контексте римского права Павел писал, что против закона поступает тот, кто совершает запрещенное законом, в то время как в обход закона действует тот, кто, сохраняя слова закона, обходит его смысл. Ульпиан же замечал, что обход закона присутствует, когда делается то, чего закон не желает, но не запрещает. В Проекте концепции совершенствования общих положений ГК РФ, на основе которой готовилась данная новелла, указано следующее: «Под обходом закона при этом следует понимать использование формально не запрещенной в конкретных обстоятельствах правовой конструкции ради достижения цели, отрицательное отношение законодателя к которой следует из установления запрета на использование иной правовой конструкции, достигающей ту же цель» (абзац второй п. 1.1.3 § 2 разд. V). Обход закона в цивилистической литературе нередко принято обозначать латинским термином «*fraus legis*».

Представляется, что обход закона имеет место тогда, когда лицо использует для достижения того или иного социально-экономического результата некоторые нестандартные, нетипичные правовые инструменты, формы или конструкции *с умыслом* на то, чтобы избежать применения императивных норм, установленных в отношении тех стандартных и типичных правовых форм, инструментов или конструкций, которые в обороте обычно принято использовать для достижения того же результата. Закон императивно регулирует типичные варианты поведения и типичные правовые средства достижения каких-либо целей. Лицо может попытаться избежать попадания под действие установленных в отношении этих стандартных правовых средств императивных норм, используя нестандартные приемы, формально не охватываемые гипотезами таких норм, но достигая при этом тех же самых или близких «до степени смешения» целей. Иногда телеологические соображения требуют, чтобы данные нормы применялись и к этим действиям, поскольку очевидно, что, если бы законодатель предвидел такие варианты достижения этих же целей, он, без сомнения, расширил бы гипотезы соответствующих норм и подвел бы использованные лицом правовые средства под действие тех же правил. В такой ситуации суд в силу п. 1 ст. 10 ГК РФ может увидеть злоупотребление правом. Иначе говоря, доктрина обхода закона позволяет бороться с недобросовестными попытками за счет манипуляции с правовыми конструкциями поправить дух конкретного законодательного правила, не нарушая его букву.

Обход закона признан формой злоупотребления правом, так как принципы автономии воли, свободы договора, а также недопустимости вмешательства в частные дела не могут использоваться в противоречии с их назначением, а правопорядок не должен санкционировать применение названных принципов с целью достижения результатов, нежелательных для данного правопорядка.

Обход закона может состоять как в совершении сделок, так и в форме иных действий. Видимо, в связи с этим законодатель поместил запрет на обход закона в общих нормах о пределах осуществления гражданских прав, а не в раздел о сделках. Впрочем, на практике в большинстве случаев действие в обход закона состоит в совершении той или иной сделки.

Обход возможен в отношении любого типа императивных правил (обязывающего, запрещающего или управомочивающего характера). Поэтому не вполне корректно обсуждать доктрину обхода закона исключительно в отношении ситуаций, когда обходятся те или иные запреты. Обходиться могут императивные правила, устанавливающие тот или иной правовой режим некоего института (например, императивные правила об ответственности за нарушение договора участия в долевом строительстве и иных гарантиях прав потребителей-дольщиков). Обходиться могут и такие императивные нормы, последствием нарушения которых не является недействительность. По обеим указанным причинам не вполне логично сводить вопрос об обходе закона к тематике недействительности незаконной сделки.

Обход может быть направлен на избежание применения императивных правил законов любой отраслевой принадлежности (не только гражданско-правовой).

Не всякие инновации в области правовых форм представляют собой злоупотребление. Право не должно ставить барьеры на пути любых нетипичных правовых конструкций и новых путей реализации обычных интересов, так как это означало бы тотальное и неконституционное подавление автономии воли участников оборота, частной инициативы и экономической свободы. Злоупотреблением являются лишь такие «схемы» и манипуляции, которые а) спланированы специально в целях обойти императивные нормы закона и при этом б) имеют противоправную цель, что означает, что правовая система не может мириться с подобными проявлениями автономии воли в силу явной несправедливости и подрыва иных целей правового регулирования.

Но вопрос о противоправности может вызывать серьезные политико-правовые дискуссии. Например, до сих пор идут жаркие споры о том, стоит ли признавать законными сделки, структурирующие пре-

доставление должником своего имущества в собственность кредитора в качестве обеспечения заемного финансирования, предоставляемого должнику кредитором (так называемые титульное обеспечение, обеспечительная собственность или фидуция в обеспечительных целях). Очевидно, что такая форма структурирования обеспечительных отношений преопределена преимущественно нежеланием подводить свои отношения под императивные правила о залоге. Спор идет о том, заслуживают ли такие инновации признания или применения в отношении них ограничительного подхода. Судебная практика до сих пор достаточно противоречива. См. подробнее подп. «в» п. 1.5 комментария к настоящей статье и подп. «в» п. 1.10 комментария к ст. 807 ГК РФ<sup>1</sup>. Спорным является вопрос о том, требуется ли установление умысла на обход закона в противоправных целях у обеих сторон двусторонней сделки, или сделка может быть признана направленной на обход закона, несмотря на то что одна из сторон абсолютно добросовестна. Например, представим, что закон запрещает российским организациям заключать договоры, направленные на отчуждение соответствующего оборудования иностранным организациям или гражданам (допустим, такие запреты введены в качестве санкций против того или иного иностранного государства и его экономики), но далее происходит следующее: иностранная компания, подпадающая под санкции, привлекает российское юридическое лицо в качестве комиссионера для приобретения соответствующего имущества, и с российским продавцом сделку заключает от своего имени данный комиссионер. Российский продавец находится в полном неведении по поводу того, что он продает имущество, которое поступит в силу п. 1 ст. 996 ГК РФ в момент его передачи покупателю-комиссионеру непосредственно в собственность скрытого и неизвестного продавцу иностранного покупателя. Мыслимо ли в такой ситуации обвинить в недобросовестности продавца? Однозначно нет. Умысел на обход закона налицо лишь в поведении иностранного покупателя и, возможно, привлеченного им комиссионера. Имеются ли в таких условиях основания для признания данной сделки купли-продажи в качестве направленной на обход закона и применения к ней обходимого иностранным покупателем императивного запрета на отчуждение соответствующего имущества иностранцам?

Как представляется, здесь следует учитывать цель обходимых норм. Если они обеспечивали публичные интересы (например, замеща-

---

<sup>1</sup> См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 138–139 (автор комментария к п. 1 ст. 807 ГК РФ – А.Г. Карапетов).



ны вопросы национальной безопасности), видимо, можно допустить в подобных примерах применение запрета на обход закона без оглядки на добросовестность одной из сторон при наличии очевидного умысла на обход закона у другой стороны. Кстати, в похожей ситуации с использованием конструкции комиссии для обхода иностранными инвесторами императивных ограничений в отношении приватизации ВАС РФ в конце 1990-х гг. признал сделки ничтожными, хотя и избежал ссылок на обход закона (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 декабря 1997 г. № 6247/97). В иных ситуациях, когда императивные правила обеспечивали защиту интересов лишь одной из сторон, применение правил об обходе закона без оглядки на добросовестность контрагента может показаться менее приемлемым решением.

*(б) Последствия обхода закона*

Поскольку обход закона представляет собой злоупотребление правом, то и последствия такого поведения соответствующие – отказ в защите права. Имея в виду, что в данном конкретном случае речь идет о злоупотреблении правовыми конструкциями, суды должны игнорировать формальное непопадание совершаемых действий под рамки гипотез обходимых правил и исходить из их применения. Тем самым право не позволяет лицу воспользоваться правовыми плодами своей хитрости и за счет применения обходимых императивных норм обеспечивает в этой части тот же результат, который имелся бы, если бы соответствующий субъект достигал своих результатов не обходным, а типичным способом.

Идея о применении к действиям в обход закона обходимых законодательных предписаний закреплена в отношении сделок в обход закона в п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25. Согласно этому разъяснению «[к] сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений статьи 10 и пунктов 1 или 2 статьи 168 ГК РФ».

Это подведение поведения в обход закона под действие обходимых императивных правил является ключевым последствием признания действий в качестве совершенных в обход закона. Следовательно, доктрина обхода закона сама по себе не может привести к недействительности сделок, взысканию санкций и т.п. Такие последствия определяются уже тем законом, который оказался обойденным. Если за счет недобросовестной манипуляции обходится запрет закона, нарушение которого влечет ничтожность договора, ничтожным будет и договор, совершенный в обход этого запрета. Если же суть обходимого правила

состоит в императивном восполнении соответствующего правового режима того или иного института, ответом на попытку обхода такого правила будет применение этого правила и к тому «обходному» правоотношению, которое недобросовестное лицо сконструировало. Поэтому, видимо, разработчики реформы ГК РФ решили включить правило об обходе закона в общие положения ГК РФ, а не в положения о недействительности сделок.

Впрочем, здесь возникает дилемма.

Судя по тексту Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, речь идет не о тотальной переквалификации совершенных действий, а лишь о применении к ним тех императивных правил, обход которых был целью использованной манипуляции. Например, если та или иная непоименованная сделка признана направленной на обход ряда императивных правил о договоре залога, то предполагается не тотальная переквалификация совершенной сделки в залог (как если бы речь шла о притворной сделке), а применение к ней только тех императивных правил, в обход которых она была совершена, — диспозитивные же правила о залоге применению не подлежат, так как вряд ли хитрость сторон была направлена на обход диспозитивных норм (ведь стороны вполне могли избежать применения диспозитивных норм, оставаясь в рамках конструкции залога).

И действительно, в качестве общего правила следует, видимо, придерживаться не тотальной переквалификации, а применения лишь обходимых императивных правил в строгом соответствии с позицией ВС РФ.

Но в некоторых случаях подведение совершенных действий под соответствующие обходимые нормы невозможно без тотальной переквалификации правоотношения. Это касается тех ситуаций, когда подчинение использованной конструкции одной или нескольким императивным нормам порождает неразрешимое противоречие и образуется нелогичный, разорванный правовой режим правоотношения. Например, если признать, что сделка продажи квартиры в целях обеспечения заемного долга совершена в обход императивного правила о запрете условия о передаче гражданином-залогодателем собственности на заложенное жилье залогодержателю при просрочке, то такая сделка будет рассматриваться как не переносящая право собственности на займодавца, но тогда непонятно, как при этом продолжать воспринимать договор в качестве купли-продажи, а не в качестве залога в остальном. Частичный перенос императивных норм может породить целый ряд подобных парадоксальных ситуаций. Поэтому в ряде случаев более простым решением была бы тотальная переквалификация пра-

воотношения в то, чей правовой режим сторона или стороны пытались недобросовестно обойти.

*(в) Альтернативы доктрине обхода закона: доктрина притворной сделки*

Очевидный конкурент доктрины обхода закона – это институт притворной сделки (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Данная конкуренция, впрочем, обнаруживается только в тех случаях, когда речь идет об использовании для обхода закона сделки. Если речь о сделке не идет, то и о притворности говорить нельзя. В то же время конкуренция эта достаточно интенсивна, так как подавляющее большинство ситуаций, обсуждаемых в контексте темы обхода закона, – это ситуации, связанные с совершением сделки или ряда сделок.

Следует сказать, что отличие притворных сделок (*simulatio*) от сделок, совершенных в обход закона (*fraus legis*), носит крайне дискуссионный характер. Многие ученые и правопорядки их не различали. В исторической литературе отмечается, что четкое разграничение в научной доктрине ряда континентальных стран сформировалось не ранее XIX в. Тем не менее и сейчас применительно к европейскому праву отмечается сложность в проведении разграничения на практике. Что уж говорить о российской науке. Отечественная судебная практика также пока не может похвастаться решением этой проблемы.

Признаваемое в практике ВС РФ определение притворных сделок (абзац первый п. 87 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25) таково: «В связи с притворностью недействительной может быть признана лишь та сделка, которая направлена на достижение других правовых последствий и прикрывает иную волю всех участников сделки». И это определение вполне традиционно: при притворной сделке истинная воля стороны направлена на порождение не тех правовых последствий, которые отражены в формальном волеизъявлении, а иных. Прикрывающая сделка (или условия сделки) направлена на сокрытие истинной прикрываемой сделки (или условий сделки).

По своим последствиям совершение притворной сделки и совершение сделки в обход закона похожи. Как уже указывалось ранее, единственным последствием обхода закона является применение обходимых императивных правил, несмотря на формальное выпадение сделки из рамок гипотез соответствующих правил. Названное последствие крайне напоминает те последствия, которые наступают при совершении притворной сделки. Напомним, что вместо признания правового эффекта притворной сделки суду надлежит согласно ст. 170 ГК РФ признавать совершенной ту, которую стороны действительно имели в виду (прикрываемую сделку), что, в свою очередь, повлечет

применение тех императивных и диспозитивных правил, которые установлены в отношении прикрываемой сделки. Если нарушение таких правил означает недействительность, то после перекалфикации суд признает прикрываемую сделку ничтожной в целом или в части. Результат получается похожим, что позволяет иногда ставить вопрос о тождественности соответствующих санкций и сомневаться в необходимости существования самостоятельной доктрины сделок, совершенных в обход закона. Следует отметить, что важное различие в последствиях сделок в обход закона и притворных сделок все же наблюдается. При совершении притворной сделки закон говорит о том, что суд должен воспринять в качестве сделки не прикрывающую, а прикрываемую сделку, т.е. предписывает тотальную перекалфикацию сделки и применение к ней всего правового режима, установленного для прикрываемой сделки (включая все диспозитивные правила). В контексте же сделок в обход закона как минимум по общему правилу речь идет лишь о локальном переносе тех императивных правил, на обход которых была направлена воля сторон. См. подробнее об этом подп. «б» п. 1.5 комментария к настоящей статье.

Так в чем же состоит онтологическое различие двух этих институтов?

Отличием сделки в обход закона от притворных сделок обычно считается то, что в рамках сделки, совершенной в обход закона, воля сторон на порождение правовых последствий соответствует тому, что отражено в условиях сделки, здесь используется хитрость более изощренного плана: стороны предполагают по сделке сделать ровно то, что указано в соответствующем волеизъявлении, и нацелены на тот непосредственный правовой эффект, который отражен в их волеизъявлении, однако их тайная конечная цель состоит в том, чтобы за счет манипуляций с использованием нетипичных правовых конструкций «высочить» из-под действия гипотез соответствующих правовых норм о том или ином типичном сделочном правоотношении, но при этом достичь результата, который обычно достигается за счет соответствующих типичных инструментов.

Насколько вышеуказанное различие реально проследить на практике? Многое, конечно, зависит от того, как мы понимаем истинную волю сторон. Для констатации притворности необходимо определить расхождение истинных задуманных сторонами правовых последствий и содержания волеизъявления. Истинная воля состоит в тех правах и обязанностях и иных непосредственных правовых эффектах, которые стороны намерены породить своим волеизъявлением, и, если эти правовые эффекты не соответствуют содержанию волеизъявления,

мы имеем притворность; если же стороны имеют в виду тот непосредственный правовой эффект, который отражен в волеизъявлении, то притворности нет.

Притворная сделка имеет место тогда, когда, например, стороны хотят совершить сделку А и получить тот экономический результат, который достигается за счет такой сделки, но понимают, что их не устраивают те или иные императивные правила, установленные в законе для такой сделки, и оформляют свои отношения под видом сделки Б, но в реальности ведут себя не в соответствии с тем, что написано в сделке Б и вытекает из правового режима такой сделки, а в соответствии с исходной и желаемой сторонами моделью поведения, характерной для сделки А.

Здесь мы легко обнаруживаем притворность, и нет никакой необходимости говорить об обходе закона. Так, если стороны в целях избежания уплаты налогов указывают в договоре купли-продажи квартиры заниженную цену (например, 5 млн руб.), но в реальности передается в оплату большая сумма, соответствующая рыночной стоимости квартиры (например, 10 млн руб.), речь идет о притворном условии о цене, и ни о какой сделке в обход закона говорить не приходится. Другой пример: с целью избежать договорной ответственности за уступку денежного требования в нарушение договорного запрета на такую уступку (по правилам ст. 388 ГК РФ) cedent, желающий уступить цессионарию просроченное требование номиналом в 1 млн руб. за 700 тыс. руб., может договориться с ним не оформлять уступку как сделку, а вместо этого он согласовывает, что если потенциальный претендент на это требование перечислит ему его номинал, что в силу п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ повлечет автоматический переход права к плательщику в силу суброгации, то он вернет плательщику разницу в размере 300 тыс. руб. наличными (последнее не является условием волеизъявления). По сути, стороны имеют в виду уступку и предполагают вести себя так, как если бы речь шла о сделке уступки требования с дисконтом, но оформляют свои отношения совсем иначе.

Еще один пример: если в целях избежания реализации преимущественного права другими участниками долевой собственности (ст. 250 ГК РФ) лицо вместо купли-продажи своей доли, которую оно в реальности и собирается осуществить, оформляет с покупателем задним числом фиктивный договор займа, по которому покупатель якобы предоставил продавцу заем, а затем этот якобы давно предоставленный заем погашается по соглашению о передаче доли в качестве отступного, речь идет о притворной сделке, так как бумажное оформление отношений принципиально расходится с тем, что происходит на самом

деле (в реальности деньги передаются одновременно с оформлением «отступного», выступая как встречное предоставление в обмен на отчуждаемую долю).

При таком подходе к притворности различие между притворными сделками и сделками в обход закона обнаруживается легко. В сделке в обход закона по определению фактическое поведение сторон не отклоняется или как минимум не планируется сторонами как отклоняющееся от той программы действий, которая содержится в их волеизъявлении. Здесь стороны ведут себя в строгом соответствии с объявленными устно или закрепленными письменно условиями совершенной сделки. Так, в вышеуказанном примере с преимущественным правом, займом и отступным исключало бы применение правил о притворности сделок то, что деньги отчуждающему свою долю лицу были переданы не с обратным датированием, а действительно за несколько месяцев до отчуждения на условиях краткосрочного займа, но передача доли была предусмотрена как способ погасить заем факультативным предоставлением (т.е. реальные действия не расходились с согласованной в сделке программой правоотношения). Однако невозможность признания такой цепочки сделок в качестве притворной и прикрывающей возмездное отчуждение не исключает постановки вопроса о том, не следует ли здесь применить правила об обходе закона. Если недобросовестность и искусственность всей этой схемы построения отношений, задуманной специально для обхода преимущественного права, очевидна, есть основания для применения п. 1 ст. 10 ГК РФ. А признание всей этой операции обходной позволит применить обходимые правила о преимущественном приобретении, несмотря на то что совершенные сделки формально не укладываются в их гипотезу.

Но проблема состоит в том, что до введения в ГК РФ нормы о запрете обхода закона в судебной практике устоялось более широкое понимание истинной воли сторон в рамках доктрины притворности, и оно во многом продолжает применяться и сейчас. Суды на практике нередко применяют доктрину притворности и тогда, когда реальное поведение полностью соответствует содержанию волеизъявления или вовсе никакое поведение после совершения сделки не планируется, но само содержание волеизъявления не соответствует сути истинной экономической цели сторон и выбрано ими специально, чтобы обмануть правовую систему: например, стороны хотят заключить договор мены, но во имя какой-либо цели оформляют два взаимных дарения или хотят продать вещь с отсрочкой платежа, но оформляют аренду на срок, равный сроку возможной эксплуатации вещи, или хотят

осуществить дар, но вместо этого согласовывают отсрочку платежа в 100 лет.

В притворной сделке истинная воля не соответствует волеизъявлению — это аксиома. Но вопрос в том, что понимается под объектом, на который эта воля направлена. Если под ним понимать тот план фактических действий, которые стороны имели в виду в реальности, и те непосредственные правовые эффекты, которые они в действительности желали породить, то сделка, в которой содержание ее условий соответствует таким образом понимаемой истинной воле, не будет считаться притворной. Здесь мы имеем первый узкий подход к притворности, и пространство для существования сделок в обход закона обнаруживается. Но многие суды проверяют совпадение волеизъявления и истинной воли, понимая под последней не план действий и *непосредственные* правовые последствия (содержание правоотношения), которые стороны желают породить, а экономический результат, который они намерены достигнуть за счет всей операции после исполнения возникших из сделки обязательств и осуществления согласованных прав. При таком прочтении мы имеем широкое понимание притворности, в контексте которого пространство для сделок в обход закона исчезает.

В своей практике в конкретных спорах высшие суды часто признавали сделку притворной несмотря на то, что реальное поведение по исполнению условий сделки не отличалось от прописанного в сделке или вовсе сделка не предполагала какие-либо действия по исполнению, но была установлена воля за счет использования определенной правовой конструкции избежать применения нежелательных правовых норм, установленных в отношении той экономической операции, которую стороны в реальности и пытались реализовать.

Например, нередко высшие суды квалифицировали сделки о передаче имущества в собственность кредитора в целях обеспечения привлекаемого финансирования в качестве притворных, прикрывающих залог. Эта конструкция чаще всего используется вместо залога, так как она дает кредитору большую защиту и более сильную правовую позицию с одновременным ухудшением положения должника и его необеспеченных кредиторов (отсутствие в случае дефолта заемщика необходимости соблюдать сложную процедуру продажи с торгов предмета обеспечения, непопадание имущества в конкурсную массу должника при его банкротстве и избегание расставания с частью извлеченной в ходе конкурсной продажи залоговой стоимости в пользу незалоговых кредиторов). В контексте распространенных на рынке и порождающих определенные злоупотребления сделок между ростовщиками и гра-

жданами о передаче последними в обеспечительную собственность первых своей квартиры на период до погашения заемного долга первое преимущество оказывается принципиальным: дело в том, что в рамках правового режима залога запрещаются а) согласование в договоре внесудебного обращения взыскания на единственное жилье гражданина (п. 3 ст. 349 ГК РФ) и б) передача гражданином-залогодателем, не действующим в качестве коммерсанта, залогодержателю предмета залога в собственность (*lex commissoria*) в порядке реализации предмета залога (п. 2 ст. 350.1 ГК РФ). Соответственно, то, чего кредитор не может добиться в рамках конструкции залога недвижимости (отсутствие необходимости продавать предмет обеспечения с публичных торгов), он пытается достичь, используя механизм титульного обеспечения (другие названия – «обеспечительная передача права собственности», «обеспечительная фидуция»). В контексте же ситуаций, в которых заемщиком является коммерсант, фактор избегания торгов irrelevant, так как их можно избежать и в рамках классического залога, но банкротные преимущества все равно остаются.

Так, Президиум ВАС РФ в Постановлении от 6 октября 1998 г. № 6202/97 увидел основания для применения правил о притворности сделки: он признал, что отчуждение имущества в обеспечение долга по кредитному договору прикрывает залог. СКГД ВС РФ по одному делу в 2013 г. признала правомерной квалификацию нижестоящим судом продажи недвижимости в целях обеспечения долга по договору займа в качестве притворной сделки (Определение СКГД ВС РФ от 30 июля 2013 г. № 18-КГ13-72). Но практика крайне неустойчива. По другому делу буквально через несколько месяцев та же Коллегия высказалась, наоборот, в пользу допустимости такого непоименованного способа обеспечения долга заемщика и отвергла довод о притворности соответствующей сделки (Определение СКГД ВС РФ от 29 октября 2013 г. № 5-КГ13-113). В одном из недавних определений СКГД ВС РФ отчуждение права собственности на квартиру в обеспечение долга заемщика по договору займа вновь было признано притворной сделкой, прикрывающей залог (Определение СКГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 32-КГ17-33).

По большому счету схема с куплей-продажей имущества в обеспечение заемного долга действительно выглядит симуляцией, притворством, если одновременно с такой куплей оформляется еще и договор займа, но деньги вносятся лишь один раз. Несмотря на оформление купли-продажи, предполагающей бесповоротное отчуждение имущества за деньги, в реальности стороны имели в виду и осуществляли передачу собственности лишь на время в качестве вещного обеспе-



чения заемного финансирования, цена недвижимости наряду с предоставлением заемного финансирования не выплачивалась. Но при этом притворная купля-продажа на самом деле прикрывает не залог, а передачу вещи в собственность займодавца в целях обеспечения заемного долга. Стороны имели в виду не залоговое правоотношение, а известное многим правопорядкам титульное обеспечение, отдельные проявления которого нашли закрепление в различных поименованных в ГК РФ и иных законах конструкциях (например, обеспечительный факторинг, возвратный лизинг). И именно в эту конструкцию суд и должен переqualифицировать ту самую куплю-продажу по правилам ст. 170 ГК РФ о притворных сделках. Но вопрос в том, а законна ли сама прикрываемая непоименованная сделка передачи имущества в обеспечительную собственность? Не следует ли здесь применять обходные правила о залоге и конвертировать правовые отношения сторон в той или иной степени в залоговый режим?

Если же стороны не оформляли заем и не симулировали куплю, а действовали прямо и структурировали «РЕПО-образную» конструкцию (договор купли-продажи квартиры и договор на обратный выкуп той же квартиры по большей цене), то о притворности в принципе говорить нельзя, и мы остаемся один на один с вопросом о возможности и адекватности применения здесь доктрины обхода закона.

Как мы видим, устойчивая практика пока не сформировалась. Сложится практика окончательно, видимо, только тогда, когда в нашем праве возникнет определенность в отношении самой законности той самой обеспечительной собственности за рамками прямо признанных в законе ее разновидностей, а также сформируется позиция о возможности использования моделей обеспечительной передачи собственности в сделках с гражданами. Как представляется, в условиях императивного запрета на предварительное согласование *lex commissoria* и внесудебного обращения взыскания на единственное жилье в контексте правового режима залога есть основания как минимум блокировать возможность обхода таких правил в договорах с гражданами, не являющимися предпринимателями, за счет титульного обеспечения. Для этого оптимальным является применение доктрины обхода закона. См. подробнее о проблеме титульного обеспечения п. 1.1 комментария к ст. 807 ГК РФ<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 159–172 (автор комментария к п. 1 ст. 807 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Другой пример: в Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2015), утвержденном Президиумом ВС РФ 26 июня 2015 г., указано, что по общему правилу условие об уплате комиссии за ведение ссудного счета в силу п. 2 ст. 170 ГК РФ является притворным, если уплата производится периодически, а сумма определяется как процент от остатка задолженности заемщика перед банком на дату платежа. В совокупности с условием о размере процентов на сумму займа (кредита) оно представляет собой договоренность сторон о плате за кредит. Воля сторон направлена на то, чтобы включить в кредитный договор условие о плате за предоставленный кредит, сформулированное таким образом. Закон, который запрещал бы включение подобного условия в кредитные договоры, заключаемые в сфере предпринимательской деятельности, отсутствует. Следовательно, данное (прикрываемое) условие договора не может быть признано недействительным, в связи с чем отсутствуют основания для возврата сумм комиссии за ведение ссудного счета, уплаченных заемщиком — юридическим лицом. Данную позицию ранее поддержал и ВАС РФ в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147. Как мы видим, реальное поведение сторон в таких ситуациях ничем не отличается от того, что указано в договоре (происходит уплата определенных сумм), — притворность применяется в связи с тем, что стороны по каким-то соображениям (возможно, связанным с публично-правовыми ограничениями) попытались выдать оплату процентов за уплату какой-то комиссии за ведение виртуального ссудного счета. Видно также, что суд сделал акцент на экономическом результате (плата за кредит), а не на содержании правоотношения, как того требует узкое понимание притворности.

Еще один пример, иллюстрирующий такой широкий подход: в п. 88 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 блокируется известная схема с обходом преимущественного права участников ООО на приобретение доли другого участника при его желании продать свою долю третьему лицу через «двухходовку» с дарением 1% доли (на дарение преимущественное право не распространяется) и последующей продажей одаряемому оставшейся части доли (на которую преимущественное право также не распространяется, так как доля отчуждается лицу, уже ставшему участником ООО после оформления дарения доли в 1%). При этом ВС РФ блокирует эту очевидно недобросовестную схему не через доктрину обхода закона, а посредством применения доктрины притворности: Суд констатирует, что две указанные очевидно взаимосвязанные сделки (дарение микродоли и продажа остальной части доли) прикрывают продажу всей доли целиком. Здесь Пленум

ВС РФ продублировал решение, ранее высказанное в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июня 2009 г. № 131. Как мы видим, в рассматриваемом случае действия сторон не расходились с волеизъявлениями: первая сделка предполагала дарение, и доля была подарена; вторая сделка предполагала продажу, и последняя состоялась, но судам очевидно, что в реальности в экономическом смысле стороны имели в виду продажу, и именно продажа, по их мнению, считается прикрываемой сделкой (т.е. истинным волеизъявлением). Здесь мы вновь обнаруживаем, что основное внимание уделено экономическому и правовому результату, который со всей очевидностью стороны задумали получить (доля перешла, получивший уплатил деньги), а не тем правовым инструментам, посредством которых этот результат был достигнут. При узком понимании притворных сделок как сделок, в которых волеизъявление (формальное содержание условий сделки) не соответствует реальному запланированному сторонами фактическому поведению и иным непосредственным правовым эффектам (содержанию правоотношения), эту схему следовало бы блокировать не за счет доктрины притворности, а за счет доктрины обхода закона, но, как мы видим, и ВАС РФ, и ВС РФ исходили из широкого понимания.

Ситуацию запутывает и п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, в котором применительно к сделкам в обход закона отмечено, что при наличии в законе специального основания недействительности сделка в обход закона признается недействительной по этому основанию, и указано, в частности, на правила ст. 170 ГК РФ, т.е. допускается, что одна и та же сделка может быть и притворной, и совершенной в обход закона. ВС РФ, видимо, исходит из того, что реальная цель совершения притворной сделки также состоит в обходе императивных норм закона, и поэтому жестко противопоставлять эти явления не нужно, а притворная сделка в обход закона — не оксюморон. Но он также допускает, что может быть сделка в обход закона, которая не является притворной. И здесь мы возвращаемся к сути нашего вопроса о разграничении этих феноменов.

Для иллюстрации сложности в различении притворных сделок и сделок в обход закона приведем еще один пример: стороны договариваются в контракте о том, что начисленные в случае просрочки пени по прошествии недели их начисления автоматически новируются в тело основного долга или в отдельный заемный долг по правилам о новации в заем любых денежных обязательств (ст. 818 ГК РФ). Казалось бы, новация требования по уплате неустойки в заемный долг или основной долг по договору, нарушение которого и спровоцировало начисление неустойки, не запрещена законом и допускается судеб-

ной практикой (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104). Нет также никаких причин запрещать новацию будущего долга под отлагательным условием его возникновения и непогашения в течение короткого срока (ст. 157 ГК РФ). Но комбинация этих двух, казалось бы, формально законных инструментов может породить гремучую цивилистическую смесь и привести к элементарному обходу всего правового режима неустойки, включая правила о праве суда снизить неустойку, невозможности начисления неустойки на ранее не выплаченную неустойку, а также правил о субординации требований об уплате неустойки при банкротстве должника.

Как представляется, в контексте банкротства, если уж наш закон признает уместной субординацию неустоек, логично пресекать эффект исключения субординации независимо от того, когда такое соглашение заключено. Даже если оно заключено после начисления неустойки, стороны не могут своим соглашением исключить субординацию требования, основанного на исходной природе данного требования, за счет обновления его правового режима, поскольку такое соглашение будет ухудшать положение третьих лиц — иных кредиторов должника (защищаемый законодателем интерес). А если запрещено такое соглашение об «антисубординации», то логично блокировать достижение того же результата за счет соглашения о новации. Что же касается вопроса исключения правил ст. 333 ГК РФ, то мы не видим проблемы в новации *post factum*, как минимум если должником является лицо, осуществляющее коммерческую деятельность: такой должник лишает себя возможности сослаться на ст. 333 ГК РФ, добровольно трансформируя долг по неустойке в основной долг. Но заранее согласованная автоматическая новация неустойки в тело долга представляет собой попытку изначально обойти правила ст. 333 ГК РФ и некоторые иные императивные элементы режима неустойки. Если невозможно заранее договориться о том, что ст. 333 ГК РФ к отношениям сторон неприменима, то право не может позволить сторонам обойти этот запрет столь элементарным образом.

Почему здесь нельзя говорить о притворности и о том, что условие о новации, по сути прикрывает истинную волю сторон на юридически невозможное исключение правил ст. 333 ГК РФ или субординации штрафных санкций в банкротстве, а далее после такой переквалификации в соответствии с правилом п. 2 ст. 170 ГК РФ просто не признать данное противоречащее императивной норме закона условие ничтожным? Иначе говоря, почему здесь не притворное договорное условие? Если придерживаться узкого подхода к пониманию притворности, ответ очевиден: при притворности прикрывается воля на иные правовые

последствия, чем те, которые отражены в условиях сделки; в данном же случае стороны отражают в условиях сделки ровно те правовые последствия, которые они желают, но за счет такой нехитрой манипуляции с формально законными конструкциями пытаются избежать применения определенных императивных элементов правового режима неустойки. Концепция обхода закона решит возникшую проблему точно, т.е. путем применения обходных норм, не уничтожая отношение и не переквалифицируя его из новации в иное. При более широком взгляде на притворность, доминирующем до сих пор в практике ВС РФ, данное условие оказывается притворным и прикрывающим истинную волю сторон заблокировать применение ст. 333 ГК РФ или субординацию штрафных санкций в банкротстве; непосредственное восприятие судом в качестве условия сделки истинной воли вместо прикрывающего волеизъявления приводит к выводу о том, что такое условие прямо противоречит соответствующим императивным нормам и посему ничтожно.

Еще один пример: стороны договора (вместо запрещенной в ст. 198 ГК РФ попытки согласовать сокращенный срок давности) указывают в нем пресекательный срок существования долга после его созревания (например, указывают, что долг прекращается, если кредитор не заявит в суд иск о взыскании долга в течение трех месяцев после его созревания). Таким образом, стороны согласовали именно пресекательный срок существования долга и не имели в виду укоротить срок давности. Соответственно, воля сторон на порождение непосредственных правовых последствий полностью соответствует волеизъявлению, и при узком подходе говорить о притворности нельзя. Но не вызывает сомнений, что данная конструкция выбрана сторонами специально, чтобы обойти запрет закона на сокращение срока давности: формально не подпадая под данный запрет, стороны достигают конечной цели, которая мало чем по существу отличается от сокращения давности и, более того, представляет собой еще более жесткое ограничение прав кредитора, чем соглашение о сокращении давности. Было бы странно, если бы закон запрещал сокращение исковой давности по соглашению сторон, но допускал еще более радикальное ограничение прав кредитора в форме установления короткого пресекательного срока существования долга.

Еще один пример: закон в ст. 317.1 ГК РФ запрещает возможность согласования в договоре с должником, не являющимся коммерсантом, условия о сложных процентах (т.е. о начислении процентов за пользование деньгами на ранее начисленные проценты за пользование деньгами), соответственно, такое условие в договоре займа с подоб-

ным субъектным составом будет ничтожно. Но что, если в договоре займа установлено, что по прошествии некоего периода (например, года) начисленные проценты капитализируют тело заемного долга, что предполагает в дальнейшем начисление новых процентов на сумму, состоящую из изначально выданного и непогашенного тела займа и ранее начисленных, а теперь добавленных к телу долга процентов? Формально здесь новые проценты будут уже начисляться не на проценты, а на тело долга, увеличенное на сумму ранее начисленных процентов в результате капитализации (по существу заранее согласованной новации). Но экономическая суть от этого меняется мало. В действительности стороны, используя такую нехитрую манипуляцию, пытаются увильнуть от действия императивного запрета сложных процентов. Притворность при узком прочтении этого института отсутствует, так как волеизъявление сторон строго соответствует тем правовым последствиям, которые они имеют в виду. Но есть основания для блокирования такой схемы посредством доктрины обхода закона.

Далее представим следующую ситуацию: 100%-й участник российской компании решает выплатить себе дивиденды по итогам деятельности этой компании, но по какой-то причине его не устраивает правовой режим выплаты дивидендов, предусмотренный российским законодательством (возможно, какие-то публично-правовые ограничения). В связи с этим он решает реализовать такую схему: компания покупает у этого участника некое имущество (например, акции третьей компании, патент и т.п.) по цене, намного превосходящей реальную стоимость данного имущества. Экономический результат получается такой же, как если бы в компании были выплачены дивиденды в сумме, равной разнице между реальной стоимостью купленного имущества и уплаченной завышенной ценой, но юридическое оформление оказывается нестандартным. Если мы понимаем притворность узко как ситуацию расхождения того плана действий, который имеется в виду, с тем, что указано в волеизъявлении, то в этом примере нет притворности. Закон не запрещает участнику вступать в сделки со своей корпорацией и продавать ей что-либо, а выплаченная сумма соответствует тому, что было указано в соглашении. Другое дело, что здесь может возникнуть вопрос об обходе закона. Если какие-то установленные в отношении выплаты дивидендов императивные нормы, которые в данном случае обходятся, будут обнаружены и суд придет к выводу, что это злоупотребление действительно противоправно и общественно опасно (т.е. влечет существенные негативные последствия для третьих лиц или общества), открываются основания для применения этих обходимых правил, несмотря на то что формально выплаты дивидендов

не было. Например, закон не позволяет выплату дивидендов в условиях, когда это приводит к образованию отрицательных чистых активов. В таком случае можно рассмотреть вопрос о квалификации действий участника как злоупотребления правом в ущерб кредиторам общества. В такой ситуации вывод активов общества под видом платы за актив (в части превышения) может влечь как минимум гражданско-правовые последствия (например, признание сделки ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ в целом или в части). В ряде подобных ситуаций может, видимо, наступить и публично-правовая ответственность.

Ну и напоследок приведем такой пример. Представим, что при создании общества акционер решил вместо внесения достаточного для нормального развития вновь создаваемого хозяйственного общества вклада в уставный капитал внести минимальный уставный капитал (заведомая недостаточная капитализация), а финансировать свой бизнес на этапе его становления через предоставление обществу займов. В большинстве случаев это делается для того, чтобы при банкротстве общества требования о возврате финансирования не попали под действие правила о запрете включения в реестр требований кредиторов требований участников корпорации-банкрота, связанных с участием в ее капитале (ст. 2 Закона о банкротстве), могли быть включены в реестр требований кредиторов, и участник мог таким образом влиять на принятие решений в ходе дела о банкротстве, контролировать конкурсного управляющего и, самое главное, потеснить внешних кредиторов при распределении конкурсной массы (т.е. по сути обойти требования законодательства о банкротстве, которые недвусмысленно не позволяют удовлетворять интерес участника до удовлетворения интересов внешних кредиторов, что не совсем точно стало обозначаться в качестве «субординации требований»)<sup>1</sup>. Иногда суды признавали такое финансирование притворным и прикрывающим внесение вклада в уставный капитал (определения СКЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556(2), от 21 февраля 2018 г. № 310-ЭС17-17994(1, 2), от 15 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-17208, от 12 февраля 2018 г. № 305-ЭС15-5734(4, 5)). Оценка верности данного подхода зависит от того, предполагалась ли возвратность соответствующего финансирования. Если такая возвратность не предполагалась, стороны, согласовывая в договоре заемную конструкцию и обязательства по возврату займа, симулируют безвозвратный вклад в имущество общества. Если же сто-

---

<sup>1</sup> Неточность заключается в том, что, в отличие от некоторых иных право порядков, в России таким требованиям не дают никакого места в очереди, просто не признавая их. Следовательно, речь не идет о понижении в очередности удовлетворения, которое может быть обозначено термином «субординация».

роны имели в виду возвратность именно в сроки и на условиях, предусмотренных договором (что может подтверждаться имевшими место платежами по возврату займа и процентов), то здесь нет притворности. Стороны имели в виду ровно то, что написано в контракте, а именно предоставление финансирования на возвратной основе (под процент или беспроцентно). Они не имели в виду внесение вкладов в уставный капитал, увеличение этого капитала и доступных участнику голосов, а также право на получение большего объема дивидендов и, кроме того, не имели в виду безвозвратный взнос в имущество общества, не влияющий на корпоративные права, но и не предполагающий возврат финансирования. Говорить здесь о притворности при узком подходе к этой концепции нельзя, так как истинная воля сторон соответствует формальному волеизъявлению. В то же время некоторые могут увидеть в действиях участника тайный план использовать заемную конструкцию для обхода правил об исключении корпоративных требований участников к своему обществу из реестра требований кредиторов при банкротстве общества. Возникает вопрос, не стоит ли бороться с подобной практикой и отказывать во включении в реестр соответствующего требования, т.е. запрещать его противопоставление внешним кредиторам при банкротстве общества-заемщика, за счет применения п. 1 ст. 10 ГК РФ и доктрины обхода закона? Этот вопрос сейчас бурно обсуждается в судебной практике и науке, и анализировать его здесь нет оснований, но абсолютно ясно, что притворность сделок к последнему случаю не имеет отношения, если мы придерживаемся узкого понимания притворности. Однако, как мы видим, ВС РФ ранее понимал в данном контексте притворность шире и видел в этой конструкции притворность. Следует отметить, что в более поздних своих определениях СКЭС ВС РФ уже обсуждает указанную проблему в контексте добросовестности, не упоминая в данных конкретных делах притворность (определения СКЭС ВС РФ от 7 июня 2018 г. № 305-ЭС16-20992(3), от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413).

Как мы видим, доктринальное различие притворных сделок и сделок в обход закона может быть обнаружено, только если мы будем в контексте доктрины притворности использовать узкое понимание истинной воли, видя ее объектом не конечный экономико-правовой результат, который стороны хотят достигнуть за счет своей операции, а ту поведенческую программу, которую стороны реально намеревались реализовать, и те права и обязанности, которые они решили породить и осуществить в целях достижения поставленной цели. Если таким образом понимаемая истинная воля соответствует волеизъявлению, притворности нет, но в некоторых случаях может быть обнаружено



основание для применения доктрины обхода закона. И такой шаг представляется логичным. Иначе говоря, если *de facto* согласованный план действий и непосредственные порождаемые сделкой правовые эффекты строго соответствуют формальному содержанию волеизъявления, нельзя говорить о притворности, но при направленности воли на недобросовестный обход императивных правил можно говорить об обходе закона. Впрочем, анализ судебной практики ВС РФ демонстрирует последовательное игнорирование этого различия: обход закона и притворность накладываются друг на друга.

Отличие сделок в обход закона от мнимых сделок (п. 1 ст. 170 ГК РФ) куда более простое, так как мнимые сделки вовсе не направлены на порождение гражданско-правовых последствий. Иногда недобросовестная сторона оформляет некие фиктивные документы (нередко задним числом), для того чтобы ввести в заблуждение тех или иных третьих лиц или государственные органы, получить право на какое-то правовое преимущество или льготу, соблюсти какие-либо формальные требования и т.п.; в подобных случаях следует говорить о мнимости соответствующих сделок и правовые нормы применять исходя из того, что соответствующих сделок нет вовсе. Злоупотребление правом и доктрина обхода закона тут ни при чем. То же касается и совершения мнимых сделкоподобных действий (например, имитирования направления задним числом юридически значимых уведомлений) или действий публично-правовой направленности, но имеющих побочные гражданско-правовые последствия.

*(г) Альтернативы доктрине обхода закона: телеологическое толкование и аналогия закона*

Многие злоупотребления, в отношении которых мыслимо применять на практике правило об обходе закона, можно было бы пресекать за счет расширительного телеологического толкования норм права, которые стороны пытаются обойти за счет использования хитроумных манипуляций с правовыми конструкциями, или применения этих норм по аналогии закона. Если буква нормы закона включает в свою гипотезу действие (например, сделку) А, но исходя из целей (подразумеваемого смысла, духа) этой нормы она должна охватывать и действие Б, которое позволяет достичь тот же по сути результат, что и действие А, но было упущено законодателем, суд может истолковать норму расширительно или применить ее по аналогии, и действие Б оказывается попадающим в сферу применения данного императивного правила.

Во многих странах, где обход закона как инструмент борьбы со злоупотреблениями не применяется, ту же функцию нередко выполняет активное и творческое телеологическое толкование закона судами,

которые, расширяя охват гипотез соответствующих норм, подводят те или иные обходные манипуляции под действие таких норм (например, в Германии). При этом, естественно, при телеологическом расширительном толковании суд опирается в большинстве случаев не на истинную волю исторического законодателя (субъективно-телеологическое толкование), которую на практике ретроспективно установить крайне проблематично и которая могла в ряде стран формироваться в условиях столетней или даже двухсотлетней давности, а на объективное понимание политики права и целей данной нормы в современных условиях (объективно-телеологическое толкование). То же происходит и при применении аналогии закона.

И в России многие из тех действий, которые могут восприниматься на практике как обход закона, можно подводить под действие обходимых правил за счет расширительного телеологического их толкования или применения по аналогии закона (о тонком различении расширительного телеологического толкования и аналогии закона см. комментарий к п. 2 ст. 6 ГК РФ). Для этого нет никаких препятствий.

Как же развести телеологическое толкование и аналогию закона как инструменты развития и восполнения пробелов в позитивном праве судами, с одной стороны, и противодействию злоупотреблению правом посредством доктрины обхода закона — с другой? Вопрос этот не самый простой. Как представляется, телеологическое толкование (аналогия закона) как способ распространить императивное правило в отношении действия, которое формально выходит за рамки его гипотезы, выглядит более уместным вариантом реакции на обход закона тогда, когда более широкое применение нормы оправданно независимо от того, на что направлена воля соответствующего лица или лиц и имеет ли место с их стороны умысел обойти закон в противоправных целях, и без оглядки на иной конкретный фактологический контекст совершения спорных действий.

Например, п. 3 ст. 15 ЗК РФ гласит, что «[и]ностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях, перечень которых устанавливается Президентом Российской Федерации в соответствии с федеральным законодательством о Государственной границе Российской Федерации, и на иных установленных особо территориях Российской Федерации в соответствии с федеральными законами». Но что, если иностранные гражданин, юридическое лицо или государство регистрируют в России юридическое лицо, в котором они являются единственным участником, и такое формально российское юридическое лицо при-

обретает земельный участок в приграничных территориях? Это обход закона или притворная сделка, прикрывающая приобретение такого участка самим иностранным гражданином (юридическим лицом или государством)? Если фирма регистрируется специально для такой покупки, это начинает напоминать обход закона, и возникает как минимум основание для ничтожности соответствующей сделки по правилам ст. 168 ГК РФ. Но что, если данная фирма создана задолго до этой покупки и ведет в России реальную экономическую деятельность? Тут вопрос более сложный. Но если мы придем к выводу о том, что покупку приграничных земель юридическим лицом, полностью контролируемым иностранным гражданином, государством или юридическим лицом, следует пресекать в принципе, то следует выбрать вариант с телеологическим расширительным толкованием указанного в п. 3 ст. 15 ЗК РФ запрета. Стоит ли осуществлять такое расширительное толкование данной нормы, вопрос спорный. Но если мы идем по этому пути, потребность в точечном блокировании указанной обходной схемы через правила об обходе закона исчезает.

Другой пример можно обнаружить в Определении СКЭС ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 301-ЭС17-14863. Суть ситуации в следующем: по общему правилу в соответствии с п. 1 ст. 141 Закона о банкротстве на основании решения собрания кредиторов в ходе конкурсного производства может быть проведено замещение активов должника. Однако в отношении социально значимых объектов законодатель предусмотрел специальный порядок их реализации с торгов в ходе конкурсного производства. Этот порядок обеспечивает надлежащий баланс между интересами конкурсных кредиторов, претендующих на удовлетворение требований за счет должника, и публичным интересом в сохранении целевого назначения данных объектов. Так, согласно п. 4 ст. 132 Закона о банкротстве реализация социально значимых объектов в ходе конкурсного производства осуществляется путем проведения торгов в форме конкурса, а на покупателей таких объектов возлагаются обязанности по обеспечению надлежащего содержания приобретенного имущества и по его использованию согласно целевому назначению. Естественно, при замещении активов соответствующие обязанности не возлагаются ни на вновь образованные акционерные общества, ни на покупателей акций данных обществ. Таким образом, проведение процедуры замещения активов в отношении социально значимых объектов по сути может привести к обходу законодательных ограничений, установленных в отношении этих объектов при смене их собственника вследствие банкротства. По мнению ВС РФ, здесь имеет место обход закона. Но было бы уместнее применять здесь те-

леологическое толкование закона и просто ограничивать возможность проведения замещения активов в отношении таких объектов. На самом деле неважно, специально использовали технологию замещения активов, чтобы избавиться от соответствующих ограничений в отношении порядка использования соответствующего объекта, или нет.

Внедрение в ГК РФ доктрины обхода закона отчасти было предопределено тем, что свободное объективно-телеологическое толкование норм закона в том стиле, который принят в Германии и многих других странах, воспринималось разработчиками как нечто, на что российские суды, склонные якобы к формальному и сугубо буквальному прочтению закона даже при абсурдности того результата, к которому такое прочтение приводит, пока идти не готовы. Но подобный взгляд на судебную практику толкования закона не совсем корректен. Как минимум если мы будем оценивать практику ВАС РФ и ВС РФ, то увидим, что российские высшие суды очень свободно толкуют закон, за счет расширительного или ограничительного толкования приводя его нередко просто нелепое содержание в соответствие с логикой, здравым смыслом и объективными целями права.

В каких же случаях более уместной реакцией на недобросовестные манипуляции может быть не телеологическое толкование, а точное применение запрета на обход закона? Так, в вышеописанном примере с «двухходовкой» в виде дарения небольшой части и немедленной продажи остальной части доли в ООО в целях обхода преимущественного права не так легко помыслить себе норму, которая подведет под действие преимущественного права дарение и последующую продажу, если таковые разделяет прямо указанный в законе промежуток времени, изначально подаренное представляет собой крайне незначительную часть доли и при этом отсутствуют обстоятельства, которые убедительно объясняют такую последовательность отчуждения доли. Поэтому суду затруднительно расширительно интерпретировать норму о преимущественном праве, включив в гипотезу расширенно понимаемой нормы столько различных специфических обстоятельств, для того чтобы пресечь такой, а также ряд иных похожих способов обойти норму о преимущественном праве. Вместо этого ему удобнее, обнаружив все обстоятельства, которые указывают на очевидный створ с целью обхода закона, применить здесь ст. 10 ГК РФ. Это более гибкий инструмент. Он позволяет учесть специфические обстоятельства, которые могут исключить подозрение в том, что данная «двухходовка» задумывалась специально. Например, маловероятно, но не исключено, что воля сторон изначально не была направлена на обход закона: скажем, отец подарил часть принадлежащей ему доли в ООО сыну

за вычетом той части доли, которая была заложена банку и не могла быть отчуждена, а затем через небольшой промежуток времени после снятия залога отец уже продал сыну оставшуюся часть доли, так как ему экстренно потребовались средства на лечение. Или представим, что другие участники ООО — это лица, подконтрольные тому самому отцу-дарителю; вряд ли здесь уместно отыскивать умысел на обход их преимущественного права. Обсуждение рассматриваемой ситуации в контексте ст. 10 ГК РФ позволяет учесть все эти нюансы и не подводить под ограничения те операции, при совершении которых не было злонамеренной цели обмануть закон и нарушить чьи-то права.

Иначе говоря, доктрина обхода закона позволяет обеспечить *ex post* противодействие конкретным злоупотреблениям, когда стороны специально манипулируют законом, в то время как телеологическое толкование или аналогия закона (права) представляют собой более простой и грубый механизм расширения охвата законодательных норм вне связи с недобросовестностью соответствующих лиц. Иногда уместен один инструмент, иногда — другой. Но нередко накопление практики противодействия злоупотреблениям посредством ст. 10 ГК РФ и доктрины обхода закона может поспособствовать тому, что законодатель решится вмешаться и действительно изменить закон, поставив соответствующие манипуляции в законодательные рамки. Об этом см. далее.

*(д) Конвертация заблокированных через доктрину обхода закона манипуляций в текстуальное расширение охвата гипотезы нормы*

Сущность злоупотребления правом как института предопределяет одну важную ее особенность: применение указанного института допустимо там и тогда, где и когда законодатель прямо не запретил соответствующее поведение. Иначе говоря, здесь действует известный принцип: специальное правило вытесняет общее (*lex specialis derogat generali*).

Не является в этом отношении исключением и такая форма злоупотребления правом, как обход закона. Законодатель в ряде случаев на основе анализа договорной и судебной практики, в рамках которых обнаруживаются и пресекаются конкретные примеры обхода закона, *post factum* пресекает выявленные случаи обхода закона, создавая соответствующее специальное правило поведения, охватывающее данные обходные конструкции. В последних случаях подлежит применению специальный закон, а не общее правило о недопустимости обхода закона. Приведем пример: для блокирования обхода правил законодательства о долевом строительстве в Закон об участии в долевом строительстве были введены нормы ч. 2 и 2.1 ст. 1, согласно которым

запрещается привлечение денежных средств граждан для строительства недвижимости посредством каких-либо правовых конструкций, отличных от договора участия в долевом строительстве, и использования в этих целях участия в жилищно-строительном кооперативе; в том числе запрещены предложение и продажа гражданам ценных бумаг, в результате осуществления прав по которым в соответствии с условиями эмиссии указанных ценных бумаг или условиями договора доверительного управления паевым инвестиционным фондом граждан получит право требовать выдела помещения в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, которые на момент привлечения денежных средств граждан для строительства не введены в эксплуатацию. По сути, законодатель пресек ранее встречавшуюся практику обхода правил законодательства об участии в долевом строительстве за счет использования различных нетипичных правовых конструкций.

Иначе говоря, иногда судебная практика блокирования тех или иных конструкций за счет правил об обходе закона может со временем трансформироваться в конкретные законодательные запреты или расширение законодателем гипотез соответствующих императивных правил.

*(е) Обход правил о госзакупках: спорный пример применения правил об обходе закона*

В качестве примера применения судами доктрины обхода закона российскими судами можно привести ситуацию выполнения коммерческой фирмой работ или оказания услуг для государственного заказчика без предварительного оформления договора и соблюдения соответствующих процедур государственных закупок с последующим подписанием акта приемки и попыткой взыскать долг с заказчика на основании правил о неосновательном обогащении. Долгое время суды считали, что в ситуации принятия услуг или работ при отсутствии ранее заключенного договора-документа возможен иск о взыскании неосновательного обогащения. Наложение такого подхода на ситуацию с госзакупками позволяло некоторым недобросовестным лицам фактически обходить обязательные закупочные процедуры, ведь при отсутствии возможности возмещения обогащения в натуре взысканию подлежит неосновательно сбереженное, т.е. денежная стоимость работ или услуг, а это позволяло каждой из сторон получить желаемое, не соблюдая закупочные процедуры. Если допустить удовлетворение кондикционного притязания, то мы фактически позволим транзакции осуществиться: результат работ или выгода от оказанных услуг окажутся у заказчика, а денежное вознаграждение (в результате удовлетворения кондикционного притязания) — у подрядчика

(исполнителя), т.е. будет достигнут результат, близкий к тому, что имелся бы в случае признания самой сделки действительной и ее исполнения. Это означало бы элементарный способ обойти требования соблюдения закупочных процедур. Право с таким исходом мириться не могло. Поэтому, когда у такого бездоговорного оказания услуг или выполнения работ и избегания соблюдения процедур оформления государственного заказа не обнаруживалось какой-то заслуживающей уважения причины, суды были склонны отказывать в иске о неосновательном обогащении со ссылкой на запрет обхода закона (см.: п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165; Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 18045/12; определения СКЭС ВС РФ от 21 января 2015 г. № 308-ЭС14-2538, от 3 августа 2015 г. № 309-ЭС15-26). Соответственно, истцу отказывалось в иске, если только не выявлялись некие извинительные обстоятельства, исключающие умысел на противоправный обход закона. Этот результат достигался посредством применения п. 2 ст. 10 ГК РФ, согласно которому лицу, злоупотребляющему своим правом, должно быть отказано в защите права.

Впрочем, здесь следует заметить, что в описанную логику следует добавить одну важную поправку. Данная идея работала при условии, что речь действительно шла об обходе правил о договорах через конструкцию иска о неосновательном обогащении. Но с недавних пор выполнение работ или услуг с их приемкой заказчиком без наличия заключенного ранее договора-документа стало рассматриваться ВС РФ как заключенный конклюдентно договор или подтверждение ранее заключенного устного договора, а иск о взыскании долга за выполненные и принятые работы или услуги в такой ситуации стал признаваться не кондикционным, а договорным (Определение СКЭС ВС РФ от 31 января 2019 г. № 305-ЭС18-17717, п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165). Если исходить из этого, то данный пример перестает быть иллюстрацией доктрины обхода закона. При условии, что выполнение работ или оказание услуг при отсутствии ранее заключенного договора-документа представляет собой конклюдентное заключение договора или подтверждение ранее заключенного устного договора, в рассматриваемой ситуации нет использования правил о кондикции в целях обхода правил о договорах — вместо этого мы имеем просто попытку сторон заключить договор, но он является ничтожным из-за несоблюдения закупочных процедур. Последствием ничтожности является реституция. При невозможности вернуть предоставленное в натуре согласно ГК РФ подлежит возме-

нию денежный эквивалент (п. 2 ст. 167 ГК РФ), и это в полной мере применимо к выполненным строительным работам, результат которых принят заказчиком и (или) имеет для него потребительскую ценность, или к оказанным и принятым услугам. В то же время имеются веские резоны в такой ситуации блокировать денежную реституцию, так как иначе это приведет к фактическому срабатыванию синаллагмы и осуществлению задуманной сторонами незаконной обменной операции (заказчик получит результат работ, а подрядчик — оплату по рыночной цене). Но блокирование компенсационной реституции стоит осуществлять через правило п. 4 ст. 167 ГК РФ, согласно которому «[с]уд вправе не применять последствия недействительности сделки... если их применение будет противоречить основам правопорядка или нравственности». Обход закона тут ни при чем, ведь та же проблема была бы, если бы стороны оформили полноценный договор-документ, но просто не провели его через закупочную процедуру, т.е. если бы они не пытались обмануть систему, а просто бросили бы ей прямой вызов; в такой ситуации в денежной компенсационной реституции следовало бы отказать.

***1.6. Примеры злоупотребления правом: ограничение конкуренции, злоупотребление доминирующим положением на рынке и недобросовестная конкуренция***

Злоупотребление гражданскими правами может состоять в том, что они осуществляются в целях ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением правообладателя на том или ином рынке. Эти случаи прямо упомянуты в абзаце втором 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Впрочем, потребность в применении в данном контексте положений ст. 10 ГК РФ не столь очевидна, так как подобные действия прямо запрещены специальным законодательством — Законом о защите конкуренции. Так, ст. 10–13 Закона о защите конкуренции подробно регулируют виды конкретных сделок и действий, которые квалифицируются как злоупотребление доминирующим положением или ограничение конкуренции, последствия совершения таких сделок и действий, предусматривают те или иные исключения. Соответственно, в тех случаях, когда конкретное действие или сделка подпадают под конкретный запрет, установленный в этих статьях (например, заключение картельного соглашения), суд будет бороться не со злоупотреблением неким формально принадлежащим лицу правом, а с поведением, прямо нарушающим конкретные законодательные предписания. Далеко не всегда эти предписания лишают суд всякой дискреции — в ряде случаев он должен оценивать правомерность поведения с учетом анализа



существенности негативного влияния на уровень конкуренции и иных обстоятельств, но это судебное усмотрение проявляется в рамках толкования соответствующих статей законодательства о конкуренции, а не в рамках применения инструментария, заложенного в ст. 10 ГК РФ. Можно признать, что специальные нормы антимонопольного законодательства, запрещающие антиконкурентные злоупотребления и злоупотребления доминирующим положением, здесь вытесняют общие положения ст. 10 ГК РФ. Запрет злоупотребления правом востребован тогда, когда закон дает лицу то или иное право, забывая установить ограничения. Когда эти ограничения в законе установлены (пусть и с использованием ряда оценочных критериев), речь идет о формальном нарушении антимонопольного законодательства, и потребность в обращении к ст. 10 ГК РФ отпадает.

Очевидно, что законодательство о конкуренции не может обозначить все возможные виды злоупотребления доминирующим положением или действий и сделок, направленных на ограничение конкуренции. Поэтому ст. 10 Закона о защите конкуренции дает незакрытый перечень случаев злоупотребления доминирующим положением, суды могут обнаруживать и пресекать на практике и иные формы злоупотреблений таким положением. Но здесь опять же для реализации функции правотворчества судам нет нужды прибегать к ст. 10 ГК РФ: у них в руках гибкий оценочный стандарт, закрепленный в ст. 10 Закона о защите конкуренции. В принципе, видимо, нет особой потребности к обращению к ст. 10 ГК РФ и для борьбы со случаями осуществления прав в целях ограничения конкуренции: положения ст. 11–13 Закона о защите конкуренции достаточно широко и гибко сформулированы, чтобы включить в рамки соответствующих запретов большинство случаев реализации прав в целях ограничения конкуренции. Впрочем, исключить ситуации, когда суд может не найти опору в указанных статьях специального законодательства и обратиться к положениям ст. 10 ГК РФ, нельзя.

То же касается и случаев недобросовестной конкуренции. Подробное регулирование оснований и инструментов противодействия недобросовестной конкуренции установлено в Законе о защите конкуренции (ст. 14.1–14.8). В этих статьях законодатель установил целый перечень случаев недобросовестной конкуренции, которые объявляются вне закона. Но вряд ли можно представить, что законодатель может учесть все подобные случаи, поэтому в ст. 14.8 Закона о защите конкуренции он указывает, что запрещаются и иные случаи недобросовестной конкуренции. Соответственно, законодатель делегирует судам правотворческую компетенцию дополнять установленный в за-

коне перечень подобных действий. Данный инструмент по сути есть частный случай применения запрета на злоупотребление правом. Например, о таком злоупотреблении можно говорить, если лицо в целях дискредитации конкурента и переманивания его клиентов на рынке подговаривает контрагентов конкурента нарушить свои обязательства и спровоцировать остановку бизнеса конкурента; внедряет в штат конкурента своего «саботажника», цель которого — в нужный момент остановить производство или обслуживание клиентов либо сорвать участие в каком-то важнейшем конкурсе или аукционе; подкупает сотрудников конкурента и с их помощью расстраивает нормальную работу его бизнеса; своими необоснованными жалобами напускает на конкурента волны представителей проверяющих органов и т.п. В большинстве случаев такие действия будут нарушать те или иные конкретные нормы закона, включая уголовные запреты, но даже если обнаружится ситуация, в которой обвинить недобросовестное лицо в нарушении какого-то конкретного предписания закона будет невозможно, имеется общий запрет на злоупотребление правом, отраженный как в ст. 10 ГК РФ, так и применительно к конкуренции продублированный в Законе о защите конкуренции.

### **1.7. Примеры злоупотребления правом: эстоппель**

Одним из часто упоминаемых российскими судами случаев применения принципа добросовестности и злоупотребления права является эстоппель (*estoppel* — в традиции общего права) или запрет противоречивого поведения (*venire contra factum proprium* — в традиции континентального права). Эстоппель и его функциональные эквиваленты известны многим зарубежным правовым порядкам. В частности, он применяется судами Англии и США (в которых признается множество различных видов эстоппеля, в отношении каждого из которых судебная практика вырабатывает свои специфические правила), известен и относительно интенсивно применяется в Германии, Греции, Нидерландах, Испании, Португалии, Японии и многих других странах. Континентально-европейские правовые порядки обычно выводят запрет противоречивого поведения из признаваемого в этих правовых порядках общего принципа добросовестности.

Также эстоппель закреплен и в ряде международных актов унификации частного права (см. ст. 1.8 Принципов УНИДРУА и ст. I.—1:103 Модельных правил европейского частного права). Согласно ст. 1.8 Принципов УНИДРУА «[с]торона не может поступать несовместимо с определенным пониманием, которое возникло по зависящим от нее причинам у другой стороны и имея в виду которое эта другая сторона, разумно на него полагаясь, совершила действие в ущерб себе». Соглас-

но же п. 2 ст. I.—1:103 Модельных правил европейского частного права «[п]оведением, противоречащим добросовестности и честной деловой практике, является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положила на них».

В России доктрина эстоппель получила распространение сначала через судебную практику, а впоследствии укрепились и в законодательстве в виде разрозненных норм. Причем в России прижился не распространенный в ряде континентально-европейских стран латинский оборот «*venire contra factum proprium*», а термин, используемый для обозначения той же доктрины в странах общего права и международном праве, — «эстоппель» («*estoppel*»).

Введение эстоппеля в гражданское законодательство предлагалось Проектом концепции совершенствования общих положений ГК РФ, на основании которого готовилась недавняя реформа общих положений ГК РФ. В виде общей нормы эстоппель в ГК РФ не появился, но его отдельные менее или более спорные проявления в рамках данной реформы были внедрены в текст ГК РФ в рамках ряда специальных норм (п. 5 ст. 166, п. 3 ст. 432, п. 5 ст. 450.1 и др.).

Само по себе противоречивое поведение не является неправомерным и не должно влечь применения ст. 10 ГК РФ. Такая реакция обоснована лишь в определенных случаях, когда такая противоречивость в контексте конкретных обстоятельств подрывает разумное доверие другой стороны и влечет явную несправедливость.

Под эстоппелем обычно понимается запрет вести себя в противоречии со своим предшествующим поведением (заявлениями, утверждениями, обещаниями, фактическим поведением и даже бездействием) в тех случаях, когда такое поведение не связывает эту сторону и не принуждает к последовательности в силу сделочного или иного формально-правового эффекта, но предшествующее поведение сформировало у другой стороны доверие и разумные ожидания, и их подрыв в результате непоследовательности приведет к явной несправедливости.

Самая типичная форма непоследовательности, о которой, как правило, речь идет в контексте эстоппеля, состоит в том, что лицо, имеющее некое право, своим поведением создает у другого лица ощущение, что оно этим правом пользоваться не будет, а впоследствии вопреки своему прежнему поведению пытается воспользоваться своей формальной правовой позицией. При наличии ряда условий суд со ссылкой на эстоппель может отказать в защите такого права по п. 1 ст. 10 ГК РФ, усмотрев злоупотребление правом. Но, в принципе, эстоппель может применяться и в ряде иных похожих ситуаций, где налицо непосле-

довательность, подрыв возникшего доверия и разумных ожиданий и явная несправедливость такого результата.

В странах, где такая доктрина активно не применяется (Италия, Австрия), суды нередко приходят к тем же решениям через институт сделки, смягчая требования к необходимой степени конкретности поведения для квалификации его в качестве волеизъявления (например, допуская признание в качестве конклюдентной сделки отказа от права или изменения договора такого поведения, которое в иных странах сделочным волеизъявлением не признали бы и доверие защищали бы посредством эстоппеля).

*(а) Обязательные условия для применения эстоппеля*

Для применения эстоппеля необходимо наличие как минимум трех обязательных условий, которые можно признать *conditio sine qua non* эстоппеля.

Первым неотъемлемым условием применения эстоппеля является то, что возникновение доверия у другой стороны должно быть вменено лицу, которому противопоставляется эстоппель. Таким образом, доверие добросовестной стороны должно стать результатом предшествующего поведения недобросовестной стороны, способным сформировать такое доверие (например, каких-либо заявлений, обещаний, фактического поведения, формирующего у другой стороны какие-либо обоснованные ожидания, в том числе в ряде случаев и бездействия).

Но здесь следует учесть самый важный нюанс. Можно ли сформировать доверие в отношении некой правовой реальности, не зная, что твоё поведение такое доверие формирует, или также заблуждаясь в отношении правовой реальности? Безусловно. Но должно ли блокироваться осуществление права, если управомоченное лицо ранее создавало у партнера своим поведением ощущение, что правом пользоваться не будет, но делало это не специально, так как само не знало и не должно было знать о наличии у него такого права? Как представляется, для применения эстоппеля требуется знание или неосторожное незнание о правовой реальности и возможном формировании доверия у другого лица. Если лицо не знало о своем праве и не должно было о нем знать, но впоследствии узнало о нем и решило его осуществить, тут вряд ли можно говорить о недобросовестном противоречивом поведении.

Второе обязательное условие для применения эстоппеля — это возникновение обоснованного доверия у добросовестной стороны. У последней должны сложиться определенные ожидания в отношении дальнейшего поведения другого лица. Фактор обоснованности доверия предполагает, что сторона имела хотя бы какие-то разумные основания для того, чтобы полагаться на поведение контрагента. Последнее оз-

начает, что у разумного лица на месте этой стороны в таких же обстоятельствах и с учетом известной такой стороне информации могли бы сформироваться ожидания в отношении последовательности дальнейшего поведения лица, которому противопоставляется эстоппель. При этом оправданность доверия как необходимое условие для применения эстоппеля вовсе не предполагает, что такое доверие должно строиться на безусловных фактах, — защита может предоставляться и в менее очевидных случаях. Например, если речь идет об ошибке в праве, то доверившемуся лицу, казалось бы, всегда можно поставить в вину то, что оно само недостаточным образом изучило регулирование. Однако этот тезис не исключает возможности применения эстоппеля, при котором может учитываться целый комплекс факторов, включая более близкое положение к правовой информации у другой стороны.

Третьим условием для применения эстоппеля является явная несправедливость подрыва доверия. Как уже отмечалось, само по себе противоречивое поведение не запрещено. Запрет противоречивого поведения не призван наказать противоречиво действующее лицо. Право блокируется из-за явной несправедливости, которая в конкретных ситуациях может возникать в результате противоречивого поведения и подрыва разумно возникшего доверия.

*(б) Факторы, указывающие на несправедливость подрыва доверия*

Какие же обстоятельства следует учесть суду при определении наличия или отсутствия явной несправедливости, вызывающей к применению ст. 10 ГК РФ в целях опрокидывания формального права непосредственно действующего лица? Здесь требуется учитывать целый ряд обстоятельств, некоторые из которых могут свидетельствовать в пользу обоснованности применения эстоппеля, другие — наоборот.

Во-первых, это фактор обоснованности возникшего доверия. Хотя минимальная обоснованность доверия уже была указана среди неотъемлемых условий для применения эстоппеля, от степени выражения оправданности доверия зависит общий вывод о справедливости или несправедливости подрыва доверия. Чем более оправданным кажется доверие стороны, тем более несправедливым представляется нарушение ее ожиданий.

Эстоппель защищает добросовестную сторону, поэтому он находит свое применение тогда, когда доверие лица, вызванное поведением другой стороны, хотя и противоречит формальной правовой или фактической действительности, но может быть признано разумным, оправданным. Установление обоснованности возникновения доверия прежде всего предполагает выяснение того, знала ли доверившаяся сторона о том, что ее ожидания не соответствуют правовой или факти-

ческой действительности (например, знала ли сторона договора о том, что были нарушены обязательные требования к форме сделки или что содержание договора носит противозаконный характер).

Ошибка доверившегося лица в действительном положении дел может основываться на заблуждении в праве или факте. Заблуждение в праве подразумевает, что доверившееся лицо ошибалось в текущем правовом регулировании. Максима о том, что каждый должен знать закон, зачастую не подтверждается практикой. Вопрос состоит в том, можно ли переложить негативные последствия незнания закона с доверившейся стороны на лицо, которому противопоставляется эстоппель. Представляется, что такие ситуации возможны, в частности, когда другая сторона является профессионалом в сфере, в которой заключается нарушающий закон договор (например, банк или страховая компания). Шире это можно представить как возложение негативных последствий на сторону, которая находится ближе к информации о правовом регулировании, чем доверившийся контрагент.

Заблуждение в праве может быть оправдано не только тем, что доверившееся лицо полагается на профессионализм контрагента, но и тем, что контрагент не просто промолчал, но и сам вызвал такую ошибку в праве. Особенно очевидно это в случае, когда сторона договора обманывает контрагента (например, убеждая ее в том, что договор законен).

Ошибка в праве также можно считать более извинительной в ситуации, когда судебная практика по соответствующему вопросу имеет противоречивый характер.

По сравнению с ошибкой в праве доверие, основанное на спровоцированной недобросовестной стороной ошибке в факте, можно считать более извинительным. Это справедливо в ситуации, когда на месте доверившегося лица такую ошибку не выявил бы средний разумный участник оборота. Например, ошибку можно считать извинительной, если физическое лицо обманывает коммерсанта, убеждая того, что оно также осуществляет предпринимательскую деятельность и может быть стороной договора, который по закону может заключаться только между коммерсантами.

Общим правилом является то, что большей защиты заслуживает лицо, которое не знало о действительном положении дел, т.е. доверие которого основывается на извинительной ошибке в праве или факте. Тем не менее, даже если доверившееся лицо понимает, что его ожидания противоречат правовой или фактической действительности, его доверие в ряде ситуаций можно посчитать оправданным. Такие случаи требуют скрупулезного анализа остальных нижеуказанных факторов, которые могли бы оправдать лицо, полагающееся на противоречащее

правовой действительности поведение. Здесь суд должен учитывать, сознательно ли лицо пренебрегло, например, требованиями к форме сделки, намеренно ли оно пошло на заключение противозаконного договора или же делало какие-то выводы из поведения контрагента, хотя это поведение среднее разумное лицо и не посчитало бы сделкой, порождающей для контрагента правовую связанность.

Иначе говоря, фактор обоснованности доверия может быть выражен менее или более ярко. Чем более обоснованно возникновение доверия, тем больше оснований для применения эстоппеля, и наоборот.

Во-вторых, это фактор адаптации поведения добросовестной стороны, положившейся на последовательность поведения недобросовестной стороны, и, соответственно, возможное возникновение ущерба или иных невыгод в случае изменения позиции последней. Например, если положившееся на некоторые заявления или обещания партнера лицо понесло некоторые расходы, которые имеют смысл только в случае последовательности поведения партнера, непоследовательность в виде изменения партнером своей позиции делает эти расходы тщетными. Или если положившаяся сторона приняла на себя тот или иной риск, который она не принимала бы, не сформируй недобросовестная сторона у нее некоторое доверие, фактор адаптации поведения и принятия невыгод налицо. Например, если арендодатель обещал взимать пониженную арендную плату на период стихийного бедствия или войны, резко снизивших доходы арендатора, дабы удержать того от правомерного одностороннего отказа от договора, но это соглашение не было надлежащим образом оформлено (в виде единого подписанного сторонами документа об изменении условий договора, чего требовал закон и сам договор), но фактически в течение всего этого времени уплачивалась и арендодателем принималась пониженная плата, а затем после отпадения этих обстоятельств арендодатель «вспоминает» о том, что соглашение не было оформлено надлежащим образом и требует погасить разницу, открывается возможность обсуждения применимости эстоппеля (если нет оснований признать соглашение об изменении договора заключенным).

Чем ярче выражен ущерб, который возникнет в случае изменения позиции управомоченного лица, тем больше оснований для применения эстоппеля, и наоборот. Именно фактор адаптации поведения в большинстве случаев эстоппеля побуждает нас считать результат противоречивого поведения несправедливым. Указанный фактор должен быть предметом оценки со стороны суда в том случае, если доверившееся лицо, полагаясь на предшествующее поведение другой стороны, адаптировало свое поведение таким образом, что противо-

решащие предшествующему поведению действия этой стороны приведут к ущербу доверившегося лица. См. подробнее о данном факторе подп. «в» п. 1.7 комментария к настоящей статье.

Оправданность применения эстоппеля снижается в том случае, если справедливый результат может быть достигнут через применение иных институтов, направленных на возмещение ущерба (например, преддоговорной ответственности, неосновательного обогащения, реституции).

В-третьих, это степень упречности поведения недобросовестной стороны. Как уже было отмечено ранее, для применения эстоппеля необходимо, чтобы возникшее доверие было сформировано неким поведением или заявлениями недобросовестной стороны (т.е. вменено последней). Но само это формирующее доверие поведение может быть более или менее упречным (например, в ситуации умышленного обмана фактор упречности выражен очень ярко), а также сама попытка изменить позицию может быть в меньшей или в большей степени упречной. Например, здесь может быть учтена мотивация поведения непоследовательной стороны. Так, несправедливость результата может проявляться в том, что недобросовестная сторона пользуется доверием другой стороны, извлекая выгоды, а когда выгоды заканчиваются или в целом изменились обстоятельства, решает сослаться на формальную правовую позицию. Чем выше степень упречности у противоречиво действующего лица, тем вероятнее применение эстоппеля, и наоборот.

В-четвертых, подлежат учету цели формальных элементов права, которые неминуемо подрываются за счет применения эстоппеля. Это в первую очередь цели нормы, которые нарушаются при применении эстоппеля, а также автономия воли противоречиво действующего лица, которая игнорируется навязыванием такому лицу правовых последствий в ситуации, когда оно свою сделочную волю явно не выражало. Так, например, при применении эстоппеля с целью недопущения констатации ничтожности договора нормы, обуславливающие ничтожность, фактически не применяются судом. Это значит, что цели, которые преследовал законодатель при установлении данных норм, оказываются не достигнуты. В связи с этим при применении эстоппеля к ничтожным сделкам критически важно сравнивать несправедливость противоречивого поведения в рамках конкретного дела и значимость целей норм, которые мы в погоне за справедливостью не применяем. Если цель нормы направлена на защиту одной из сторон договора, то суд, применяя эстоппель, может непосредственно оценивать интересы лишь сторон спора. Здесь он решает, что важнее — интересы стороны, защищаемые законодательной нормой, или же потребность



защиты добросовестной стороны, страдающей в результате недобросовестного поведения контрагента. Однако, когда цель нормы направлена на защиту публичных интересов или третьих лиц, т.е. тех, кто в недобросовестном поведении участия не принимал, это обычно является весомым обстоятельством против применения эстоппеля.

Когда эстоппель применяется не в связи с пороком сделки, а в связи с поведением, которое в своей конкретности и определенности не достигает того уровня, который позволяет говорить о сделке, суд должен понимать, что, запрещая противоречивое поведение, он возлагает на сторону фактически сделочные последствия, связывая ее предшествующим поведением, в отсутствие истинного волеизъявления, т.е. нарушает автономию воли. Например, при эстоппеле в отношении незаключенного договора, где последующее поведение сторон не устраняет неопределенность в содержании существенного условия, суд может реконструировать это условие, навязывая тем самым сторонам права и обязанности, на которые они свою волю не выражали. Нарушение правовой автономии может быть выражено менее или более интенсивно, и это обстоятельство должно учитываться при определении уместности применения эстоппеля.

Приведенный перечень факторов, подлежащих учету при определении несправедливости противоречивого поведения, не является исчерпывающим. Суд должен учитывать все конкретные обстоятельства, которые могут говорить в пользу или против квалификации поведения как недобросовестного. Открытый характер указанного перечня факторов предопределен «каучуковым» характером принципа добросовестности и понятия справедливости.

В целом приведенные «факторы несправедливости» образуют подвижную систему элементов, где сила одних элементов может компенсировать слабость других. Отсутствие одних факторов и маркеров несправедливости может компенсироваться яркой экспрессией других. Естественно, многие суды не рассуждают в соответствии с подобным алгоритмом, руководствуясь сугубо своей политико-правовой интуицией, но задача науки состоит в том, чтобы по возможности структурировать логику такого рассуждения, подсветить релевантные факторы и отсеять иррелевантные, дабы обеспечить большую правовую определенность и предсказуемость разрешения споров.

*(в) Спорный вопрос о роли фактора адаптации поведения и ущерба*

Как мы видим, обязательными условиями, без которых применение эстоппеля невозможно, являются наличие оправданного доверия у добросовестного лица, вменяемость другой стороне возникновения такого доверия и явная несправедливость подрыва доверия, а фактор

адаптации поведения и возникновения ущерба в результате подрыва доверия выше указан не как непреложное условие для применения эстоппеля, а как один из факторов, свидетельствующих в пользу несправедливости подрыва доверия. При таком подходе в ряде ситуаций этот фактор может и отсутствовать. Но следует признать, что вопрос о том, являются ли адаптация поведения и ущерб строго обязательным условием или одним из возможных факторов, указывающих на наличие оснований для применения эстоппеля, спорен (как в России, так и в зарубежном праве).

Как уже указывалось, доктрина и суды в иностранных правопорядках часто указывают, что эстоппелем не защищается просто абстрактное доверие, а предотвращается тот ущерб, который понесет добросовестная сторона в связи с таким доверием, если допустить изменение позиции стороны недобросовестной.

Согласно распространенному воззрению, несправедливость нарушения доверия налицо лишь тогда, когда непоследовательность, подрывающая доверие, влечет за собой материальный или нематериальный ущерб для добросовестной стороны. На этот фактор прямо указывают ст. 1.8 Принципов УНИДРУА и ст. I—1:103 Модельных правил европейского частного права, когда определяют запрет противоречивого поведения через указание на то, что такая противоречивость причиняет вред доверившейся стороне (*detrimental reliance*). Как мы видим, оба документа используют не только критерий «подрыва доверия», но и критерий «ущерба» — одного лишь расстройтва возникших ожиданий («подрыва доверия без ущерба») недостаточно.

В решениях российских судов нечасто акцентируется внимание на том, что другая сторона не просто доверилась, но и понесет в связи с противоречивым поведением дополнительные потери материального или нематериального характера (т.е. адаптировало свое поведение сообразно доверию таким образом, что последующий подрыв сформировавшегося доверия причинит ущерб или вызовет иные серьезные негативные последствия и тем самым спровоцирует несправедливость). Как мы далее увидим, в большинстве случаев суды считают достаточным один лишь фактор подрыва доверия. Вместе с тем, например, немецкие суды нередко исходят из презумпции наличия такого ущерба, если для ситуаций, подобных рассматриваемой, наличие ущерба действительно характерно. Из презумпции наличия ущерба можно исходить тогда, когда временной разрыв между возникновением доверия и его подрывом носит длительный характер. Вероятно, что за это время доверившееся лицо уже успело адаптировать свое поведение сообразно доверию. При этом в доктрине признается, что если недобросовестная

сторона обманула контрагента, то интенсивность такого фактора, как вменимость доверия, здесь настолько высока и поведение недобросовестной стороны настолько упречно, что ущерб можно и не устанавливать. Однако стоит отметить, что есть примеры того, как в том числе высшие суды иностранных правопорядков отказывали в применении эстоппеля по причине отсутствия адаптации поведения и ущерба доверившейся стороны, которые противоречили бы справедливости.

Так все же какой позиции логично придерживаться? Как представляется, выискивать какой-то конкретный ущерб действительно нужно не всегда. Корректнее говорить о том, что неотъемлемым условием применения эстоппеля является явная несправедливость подрыва доверия. Чаще всего эта явная несправедливость будет действительно связана с тем, что полагавшаяся сторона понесла конкретные расходы, которые превратятся в ущерб в случае изменения позиции недобросовестной стороны, упустила некую выгоду или понесет иной убыток в связи с изменением позиции недобросовестного лица. Но, в принципе, могут возникать ситуации, когда явная несправедливость будет вытекать из иных обстоятельств. Иногда подрыв одной лишь спровоцированной твоим поведением разумной веры другого лица в последовательность твоего поведения будет недобросовестным. Прежде всего это справедливо для тех случаев, когда имеет место обман недобросовестной стороны или поведение недобросовестной стороны характеризуется злым умыслом.

### *(г) Субсидиарность эстоппеля*

Эстоппель является субсидиарным средством по отношению к другим институтам, которые также могут привести к справедливому результату и защитить доверие. Это прежде всего институт сделки. Сделка (соглашение о заключении, расторжении или изменении договора, односторонний отказ от какого-то права и т.п.) выражает волю и формирует доверие, а защита формальных правовых последствий сделки такое доверие защищает. Собственно, в этом и состоит одна из функций сделки: она позволяет сторонам планировать и координировать свое поведение, так как формирует защищаемые судом ожидания. Соответственно, если предшествующее поведение может быть квалифицировано как действительная сделка, то необходимость в обращении к эстоппелю отсутствует.

Эстоппель, в отличие от сделки, в качестве необходимого условия требует анализа справедливости непоследовательного поведения в форме учета конкретных обстоятельств, указывающих на несправедливость, возникающую в связи с непоследовательностью. Эстоппель вытекает не из идеи автономии воли, а из принципа доброй совести

и поэтому предполагает доказывание большего числа обстоятельств и более требователен к их оценке судом. При наличии же сделки суд формально постулирует неправомочность противоречивого поведения, поскольку такое поведение не соответствует выраженной в правовой форме воле. В последнем случае обращение к ст. 10 ГК РФ возможно как раз для обратного, а именно для того, чтобы получить свободу поступать вопреки сделке.

Сложность проблемы разграничения сделки и эстоппеля иллюстрируется тем, что в тех правовых порядках (Австрия, Италия), где эстоппель широко не применяется, суды нередко достигают тех же решений посредством обращения к институту сделки, совершенной в конклюдентной форме. При такой интерпретации предшествующее поведение, которое в контексте эстоппеля должно обуславливать доверие другой стороны, квалифицируется как сделочное конклюдентное волеизъявление. В этом случае требования к тому, чтобы другая сторона положила на предшествующее поведение, и учет системы факторов несправедливости являются избыточными: правовой результат в виде связанности наступает в силу автономии воли, а не принципа добросовестности.

И действительно, там, где есть основания предшествующее поведение квалифицировать как сделку (отказ от права, соглашение об изменении договора и т.п.), эстоппель и обращение к ст. 10 ГК РФ просто лишние. Согласно ст. 158 ГК РФ по общему правилу сделка может совершаться не только в форме устного или письменного волеизъявления, но и в форме конклюдентных действий, из которых воля на совершение сделки со всей очевидностью усматривается.

На практике суд может использовать эстоппель в качестве факультативной аргументации (т.е. обосновывать свой вывод со ссылкой на сделку, но также указать и на то, что, даже если сделку здесь не обнаруживать, решение может быть обосновано со ссылкой на эстоппель). Однако в этом случае необходимо указание на обстоятельства, которые обуславливают возможность обосновать результат не только через сделку, но и через эстоппель, т.е. анализ всех факторов (оправданность доверия, адаптация и т.д.).

По большому же счету, как представляется, эстоппель приобретает значение и может быть применен тогда, когда предшествующее поведение в силу тех или иных причин (например, при пороке формы или отсутствии достаточной степени конкретности поведения) сделкой быть признано не может, но чувство справедливости требует защитить доверие и разумные ожидания. О каких ситуациях идет речь? Это прежде всего те случаи, когда поведение одного лица очевидно свиде-

тельствует о его воле, но обнаружить в таком поведении конклюдентно выраженное сделочное волеизъявление в силу закона невозможно. В частности, речь идет о ситуациях, когда закон требует соблюдения той или иной формы сделки, а она не соблюдена, или когда позитивное право в принципе не предусматривает для конкретного лица возможность совершения соответствующей сделки со связывающим для себя эффектом.

Если нет оснований видеть в предшествующем поведении сделку и объяснять связанность сделочным правовым эффектом, по общему правилу эффект связанности и ограничения прав не наступает. Но если в конкретных обстоятельствах появляются основания говорить о возникновении обоснованного доверия и несправедливом подрыве такого доверия, суд может применить субсидиарный механизм — запрет на злоупотребление правом в форме правила эстоппель. Да, нередко это доверие может быть не совсем правомерным, так как лицо должно знать право и понимать, что без соответствующего правового оформления сделки оснований на что-то рассчитывать не должно быть. Но иногда проявлять здесь формализм не вполне уместно, суды смягчаются и при наличии критерия сформировавшегося доверия, подрыв которого приводит к несправедливости, защищают доверие. В подобных ситуациях нередко откровенное жульничество сталкивается с неосторожной доверчивостью, и суды иногда предпочитают защитить неосторожного.

Могут ли это быть также и те случаи, когда та или иная сделка, совершенная в активно-конклюдентной форме, могла бы теоретически создать защищаемое правом доверие (т.е. закон здесь сделку не исключает), активное поведение соответствующего лица не настолько бесспорно отражает его волю на совершение сделки, чтобы можно было говорить о конклюдентной сделке, но при этом доверие суд может защитить за счет эстоппеля? Этот вопрос достаточно спорен. Здесь мы оказываемся в области очень тонкого разграничения. Дело в том, что, как уже отмечалось, эстоппель защищает только разумно сформировавшееся доверие. Возможна ли такая ситуация, когда поведение одного лица не настолько очевидно свидетельствует о его воле, чтобы можно было говорить о конклюдентно совершенной сделке, но при этом того же поведения достаточно для того, чтобы у другого лица возникла *разумная* уверенность в дальнейшем поведении первого? Ведь если поведение соответствующей стороны не позволяет разумным третьим лицам определить ее волю, то это не конклюдентно совершенная сделка, но тогда возникает очевидный вопрос о том, на каком основании у другой стороны возникло какое-то разумное ожидание в отношении

будущего поведения первой стороны, и насколько обоснованно вторая сторона в таких условиях адаптировала свое поведение в расчете на эти ожидания, не прояснив истинную волю первой стороны. Данный вопрос, безусловно, требует дополнительной проработки на конкретных примерах из судебной практики. Но нельзя исключить того, что могут быть такие ситуации, когда сделочная природа поведения не очевидна настолько, чтобы можно было говорить о конклюдентно совершенной сделке, но при этом обвинить другую сторону в совсем необоснованном формировании доверия также нельзя. В каких-то пограничных ситуациях подобного рода при наличии явной несправедливости подрыва такого доверия суд может применить эстоппель.

Например, можно ли говорить о наличии оправданного доверия в ситуации, когда в договоре аренды была применена валютная оговорка, арендодатель каждый месяц выставлял счета с пересчетом на рубли по курсу на момент выставления счетов, в то время как согласно п. 2 ст. 317 ГК РФ подлежащая уплате в рублях сумма определяется на день платежа? Арендатор на фоне тренда на падение курса иностранной валюты, в которой выражена цена договора, оплачивал такие счета, перечисляя рублевую сумму, указанную в них. Соответственно, арендатор все время немного переплачивал по сравнению с тем, что он должен был платить согласно ст. 317 ГК РФ. Спустя два года, когда курс иностранной валюты стал расти, арендодатель меняет свою тактику и начинает в счетах указывать на необходимость платить по курсу на момент платежа (т.е. в строгом соответствии с правилами ст. 317 ГК РФ), а когда арендатор возражает и предлагает придерживаться сформировавшейся в их отношениях практики, арендодатель обращается в суд. Здесь арендодатель длительное время сам вызывает доверие у арендатора, когда выставляет счета с уже осуществленным пересчетом по курсу на момент выставления счетов. Наличие волеизъявления сторон на изменение договора в отношении соответствующих месяцев, за которые счета с фиксированным курсом пересчета выставлялись и оплачивались, достаточно очевидно, особенно в контексте неоднократности таких действий (счет по сути выступает в качестве оферты на применение иного порядка определения курса, а его оплата — конклюдентным акцептом). Но не вполне очевидно, можно ли такую сформировавшуюся практику считать конклюдентным соглашением об изменении диспозитивно установленного в ст. 317 ГК РФ порядка определения курса на будущее, т.е. до конца действия договора. Воля арендодателя явно касалась только соответствующих месяцев, и некоторые могут заявить, что он не связан такой волей на будущее и чисто формально может в отношении последующих месяцев вдруг

«вспомнить» о законодательном правиле и начать выставлять счета в строгом соответствии с общим диспозитивным правилом. Если мы приходим к выводу, что подобное поведение сторон не может являться достаточно однозначно свидетельствующим о воле изменить договор на будущее, возможна ли здесь защита доверия арендатора посредством эстоппеля? Арендатор может заявить, что это в высшей мере несправедливо, когда арендодатель предлагает использовать одну форму определения курса пересчета и провоцирует арендатора, рассчитывающего на симметричность рисков и допускающего, что в какие-то иные периоды курсовая разница сложится в его пользу, принять такую практику (в тот период падения курса иностранной валюты – себе в ущерб), а когда общая курсовая динамика меняется в противоположном направлении, и арендодатель, соответственно, перестает выигрывать от этой практики, он вдруг «вспоминает» о формальном положении вещей и начинает настаивать на внесении платы по курсу на момент платежа. Вопрос остается спорным. Ведь если мы приходим к выводу о том, что разумное лицо на месте арендатора не восприняло бы практику выставления за ряд последовательных месяцев счетов с фиксированным курсом в качестве волеизъявления на изменение порядка оплаты на весь период действия договора, то нет и фактора разумности доверия, которое необходимо для применения эстоппеля. В данном конкретном случае некоторым может показаться справедливым применить эстоппель и защитить арендатора, но вопрос о том, можно ли из этого делать общий вывод по интересующей нас проблеме, требует дополнительного осмысления.

С учетом субсидиарного характера эстоппеля по отношению к сделке многие случаи, которые судебная практика или наука сейчас обозначает как примеры применения эстоппеля, могут быть объяснены через конклюдентную сделку. В частности, возникают сомнения, что нормы, предусмотренные в абзаце четвертом п. 2 ст. 166, п. 2 ст. 431.1, п. 3 ст. 432 и п. 5 ст. 450.1 ГК РФ, можно представить как однозначные примеры эстоппеля.

В то же время нельзя не заметить, что судам иногда комфортнее ссылаться на эстоппель и ст. 10 ГК РФ, чем на конклюдентную сделку. Налицо две причины этого. Во-первых, для многих российских судов сделка необоснованно, но прочно ассоциируется с письменным оформлением, и им в силу сложившегося шаблона психологически сложно разглядеть сделку в конклюдентном поведении. Во-вторых, очень часто конкурентом эстоппеля будет сделка отказа от права, а этот вид сделки долгое время и во многом до сих пор находится в российском праве под неоправданным подозрением (см. комментарий к п. 2 ст. 9 ГК РФ).

Развитие подобной практики расширенного применения эстоппеля в ущерб конструкции конклюдентной сделки не представляет собой нечто невозможное (как уже отмечалось, в ряде стран наблюдается именно такая ситуация), но побочным последствием оказывается то, что учет комплекса факторов несправедливости фактически исключается. Укореняется практика использования эстоппеля, выводящегося из п. 1 ст. 10 ГК РФ, на основании одних факторов непоследовательности и подрыва разумного доверия без анализа комплекса факторов несправедливости (наличие адаптации поведения и ущерба, степень упречности поведения непоследовательного лица, учет степени значимости формальных элементов права и др.). Когда эти факторы игнорируются в ситуациях, где мыслимо увидеть конклюдентную сделку, большой беды нет, но возникновение у юристов и судов ощущения, что эстоппель карает саму непоследовательность, начинает распространяться на иные ситуации, где ни о какой вопиющей несправедливости говорить не приходится, что может потенциально превратить доктрину эстоппель в фактор серьезной дестабилизации прав.

Далее разберем ряд конкретных типовых ситуаций, когда эстоппель применяется или мог бы применяться, и на конкретных примерах определим соотношение этой доктрины и понятия сделки.

*(д) Эстоппель и признание договора заключенным*

Если между сторонами нет оформленного на бумаге или в устной форме договора, но поведение сторон достаточно ясно свидетельствует об их воле на заключение договора, договор следует признавать заключенным в результате конклюдентного поведения. Как справедливо указано в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, «договор считается заключенным и в том случае, когда из поведения сторон явствует их воля на заключение договора (пункт 2 статьи 158, пункт 3 статьи 432 ГК РФ)». Соответственно, защита ожиданий каждой из сторон в такой ситуации осуществляется не через эстоппель, а посредством признания договора заключенным. Сложность возникает только тогда, когда закон требует оформления договора в письменном виде под угрозой ничтожности. В такой ситуации конклюдентная форма не допускается, но в ряде ситуаций справедливость может восстановить эстоппель на основании п. 5 ст. 166 ГК РФ (см. подробнее подп. «е» п. 1.7 комментария к настоящей статье).

Иногда возникает ситуация, когда договор исполнялся, несмотря на то что по определенным существенным условиям стороны не пришли к соглашению. Здесь п. 3 ст. 432 ГК РФ, а ранее – судебная практика (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г.



№ 13970/10, п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165) предлагает применять эстоппель. Это подтверждено и п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49. Однако в таких случаях необходимо четко проводить границу между ситуацией, когда стороны последующим сделочным волеизъявлением (в том числе конклюдентным поведением) исполнили ранее не согласованное существенное условие, и ситуацией, когда существенное условие осталось неопределенным. Только в последней ситуации в ряде случаев можно говорить об эстоппеле.

Предположим, что в оформленном договоре нет конкретизации предмета договора (например, наименования и количества товара или типа и объема подлежащих выполнению работ), но впоследствии товар определенного типа и количества отгружается и принимается без возражений покупателем, или работы выполняются и принимаются заказчиком окончательным актом, выражающим согласие заказчика с тем, что и как было сделано по договору, без каких-либо возражений. В этом случае договор заключен, и никто не может его отрицать. Здесь согласование существенного условия происходит по факту приемки товара или результата выполненных работ и фиксируется в соответствующем акте или накладной (постановления Президиума ВАС РФ от 28 октября 2010 г. № 15300/08 и от 31 января 2006 г. № 7876/05). Никакого эстоппеля для защиты доверия здесь не требуется.

Но даже если в соответствующем акте не указано содержание отсутствующего существенного условия, однако из поведения следует воля на согласование такого условия, следует говорить о конклюдентном согласовании. Так, если работы по договору подряда были выполнены и приняты до согласования сторонами срока выполнения работ, являющегося существенным условием договора строительного подряда в силу закона, то договор является заключенным не в силу эстоппеля, а в силу того, что стороны конклюдентными действиями согласовали существенный для договора подряда срок выполнения работ по факту приемки. Если заказчик без возражений принял работы, значит, он недвусмысленно соглашается с тем, что срок, в течение которого работы были выполнены, его устраивает. Поиск доверия и «факторов несправедливости» (например, основанной на доверии адаптации поведения) здесь не нужен. Поэтому ссылки на добросовестность в вышеуказанной практике ВАС РФ для отклонения позиции заказчика, который, приняв работы, затем отказывается платить, ссылаясь на незаключенность договора, не требуется — достаточно ссылки на конклюдентное согласование срока путем выполнения и принятия работ без возражений.

Также не следует говорить об эстоппеле тогда, когда стороны исполнили договор до достижения соглашения по условию, которое по выраженному в ходе переговоров заявлению одной из сторон должно было быть согласовано; если обе стороны приступают в этом случае к исполнению без согласования данного условия, то они конклюдентным образом выражают свою волю на то, чтобы исключить несогласованное условие из разряда существенных. Прекрасным подтверждением этой позиции является п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, согласно которому в случае отсутствия согласия по условию, в отношении которого одной из сторон ранее было заявлено о необходимости его согласования, договор не считается заключенным до тех пор, пока стороны не согласуют названное условие, но если сторона, предложившая это условие для согласования, впоследствии откажется от своего предложения, «или такой отказ не будет следовать из поведения указанной стороны», договор можно признать заключенным и при отсутствии согласия по такому условию. Иначе говоря, никакой эстоппель и здесь не нужен.

Очевидно, что ни эстоппель, ни какая-либо иная концепция не позволят прийти к выводу о заключенности договора, если ни изначально, ни впоследствии конклюдентным образом не согласован предмет договора в части характеризующего данный договорный тип исполнения (например, наименование и количество подлежащего поставке товара). Даже если заказчик передал подрядчику аванс и материалы, а подрядчик принял их и вышел на стройплощадку, невозможно признать договор подряда заключенным, если ни прямо, ни конклюдентно стороны не согласовали, что конкретно должно быть построено. Если, например, подрядчик почему-то решил на свой риск начать строить сарай, а заказчик возражает, заявляя, что он имел в виду совсем иное, признать договор заключенным вряд ли возможно, несмотря на то что каждая из сторон ранее начала совершать действия, как будто бы свидетельствующие о наличии между ними договора.

Но в вышеуказанном примере место для эстоппеля в рамках п. 3 ст. 432 ГК РФ остается тогда, когда стороны не согласовали предмет договора, подрядчик приступил к выполнению работ на земле заказчика, тот долгое время наблюдал за ходом выполнения работ и никаких возражений не представлял, а затем, когда работы были окончены и заказчику было предложено их принять, он вдруг отказывается и заявляет о несогласовании предмета договора. Формально в силу ст. 158 и 438 ГК РФ бездействие и молчание не являются конклюдентным сделочным волеизъявлением (в том числе акцептом) и не свидетельствуют о воле на совершение сделки, но в заданных обстоятельствах,

несмотря на то что согласия по предмету договора нет, справедливо защитить подрядчика. Требование согласования предмета договора направлено на защиту самих сторон, а не публичных интересов или интересов третьих лиц, непоследовательное поведение заказчика вопиюще недобросовестно, фактор ущерба налицо (инвестиции подрядчика в выполнение работ, которые пойдут прахом при признании договора незаключенным); эти обстоятельства перевешивают то, что доверие подрядчика было не вполне юридически обоснованным и осторожный подрядчик на его месте не начал бы работы, не оформив соглашение в отношении предмета договора. Однако в приведенном примере суд должен придавать особое значение автономии воли противоречиво действующего лица. Заказчику в отсутствие выражения им своей воли навязывается результат работ, т.е. сама суть договора подряда, а не просто второстепенное договорное условие. На аргумент о существенности нарушения автономии воли эстоппелем здесь можно возразить, что заказчик хотя и не выражал свою волю, но наблюдал за ходом работ, т.е. был осведомлен о том, какой результат его ожидает.

Кроме того, эстоппель по п. 3 ст. 432 ГК РФ может быть применен тогда, когда последующее поведение сторон по исполнению договора не позволяет установить волю на восполнение несогласованного договорного условия, которое не характеризует предмет договора, но является существенным в силу прямого указания в законе. Например, если стороны исполняли договор подряда, но еще до завершения работ заказчик указал на отсутствие согласования срока, то он может столкнуться с возражением о запрете противоречивого поведения. В этом случае восполнение существенного в силу закона условия может отдаваться на усмотрение суда. Тот факт, что закон допускает в ряде случаев делегацию судам компетенции по определению условий, не характеризующих предмет договора, но являющихся существенными в силу прямого указания в законе, можно обнаружить в контексте предварительного договора, где стороны предварительного договора вправе ограничиться указанием предмета основного договора, а определение иных существенных в силу закона условий оставить на усмотрение суда, по сути делегировав разрешение своих разногласий по таким условиям суду (п. 1, 5 ст. 429 ГК РФ). Здесь вторжение в автономию воли не имеет критического характера, так как не связано непосредственно с предметом договора, характеризующим договорный тип.

*(е) Эстоппель и конвалидация ничтожной сделки*

Иногда суды ссылаются на эстоппель в тех случаях, когда нарушено требование закона о письменной форме сделки, но сторона, отрицающая факт заключения договора, после совершения сделки

с пороком формы производила действия, свидетельствующие о его исполнении, или иным образом признавала факт наличия договора (см. Определение СКГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 5-КГ17-94). В тех случаях, когда письменная форма сделки установлена законом без прямого указания на ничтожность сделки, совершенной в нарушение этого требования, такое применение эстоппеля избыточно, поскольку подобная ситуация разрешается на основании правил ст. 162 ГК РФ. Последующее поведение соответствующей стороны может стать допустимым доказательством более раннего факта совершения сделки в устной форме. Ведь согласно п. 1 ст. 162 ГК РФ по общему правилу несоблюдение письменной формы влечет не ничтожность сделки, а запрет ссылаться на свидетелей. Если есть иные допустимые доказательства того, что договор был заключен (например, переписка сторон или доказательства фактического исполнения договора сторонами), эти доказательства позволяют суду прийти к выводу о заключенности договора без обращения к ст. 10 ГК РФ. Эстоппель просто не нужен.

Но иногда закон требует соблюдения письменной формы сделки под страхом ничтожности. В таком случае конклюдентное поведение, из которого следует воля лиц считать себя связанными, само по себе не позволяет обосновать действительность договора. Но что, если это поведение не оспаривается или подтверждено любыми иными доказательствами, кроме свидетельских показаний, и объективно внушило другой стороне уверенность в том, что партнер считает себя связанным?

Если договор в силу тех или иных причин ничтожен, его невозможно реанимировать посредством совершения той или иной сделки, в том числе в форме одобрения. Тем не менее в ряде случаев сторона, которая ранее исполняла такой договор и создавала у другой стороны ощущение, что он действителен, в суде пытается сослаться на его ничтожность. И ответ правовой системы в некоторых случаях такого поведения состоит в применении эстоппеля.

В России с 1 сентября 2013 г. действует п. 5 ст. 166 ГК РФ, который позволяет суду заблокировать недобросовестную ссылку на ничтожность договора той стороны, которая ранее своим поведением признавала факт совершения сделки. Эта неудачная норма вызывает множество справедливых возражений, о которых уже писалось в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>, но нельзя не признать, что

---

<sup>1</sup> См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 403–415 (авторы комментария к п. 5 ст. 166 ГК РФ – А.Г. Карапетов, Д.О. Тузов).

в ряде ситуаций ее применение может позволить обосновать справедливое решение. И одним из немногих случаев, когда эта норма может применяться обоснованно, и является случай ничтожности договора по причине нарушения письменной формы, установленной под угрозой ничтожности.

Доверие контрагента к факту заключения договора вопреки требованию письменной формы может быть неосторожным, так как каждый презюмируется знающим законодательные требования к форме сделки, и тогда защита этого доверия не вполне обоснованна. Но иногда степень упречности поведения доверившегося лица невысокая, что позволяет суду защитить это доверие и наказать недобросовестную сторону, пытающуюся отрицать действительность договора. И здесь эстоппель может теоретически стать основанием для такой защиты.

Так, согласно устоявшейся судебной практике, лицо не может ссылаться на то, что оно не подписывало кредитный или иной договор, в отношении которого законом установлена письменная форма под страхом ничтожности, и что ввиду этого договор недействителен по причине порока формы, если оно совершало действия по исполнению этого договора (например, получило кредит от банка и приступило к возвращению суммы кредита согласно приложенному к спорному договору графику платежей). Обычно порок формы состоял в том, что на договоре была поставлена подпись, которую впоследствии экспертиза не смогла атрибутировать соответствующей стороне или ее представителю. При заключении договора доверившаяся сторона, как правило, не может с абсолютной надежностью определить верность подписи, так что ее доверие нельзя поставить ей в упрек, и справедливость требует защиты возникшего доверия и игнорирования формальной правовой позиции непоследовательной стороны, которая в суде отрицает подлинность подписи, но ранее (после заключения спорного договора) его исполняла (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10473/11; определения СКГД ВС РФ от 10 декабря 2017 г. № 38-КГ17-9 и от 12 декабря 2017 г. № 5-КГ17-210). Для этой группы дел характерна высокая степень выраженности такого фактора, как оправданность доверия: доверие кредитора здесь основывается на ошибке в факте, которая имеет извинительный характер. Ущерб для кредитора состоит в том, что при применении конструкций реституции или неосновательного обогащения он теряет возможность рассчитывать на договорные проценты и, возможно, обеспечение обязательства заемщика. Степень вменимости возникновения доверия заемщику также высока: тот, понимая, что кредитор заблуждается относительно подписавшего договор лица, распоряжается полученной

суммой займа и исполняет условия договора, укрепляя веру кредитора в факт наличия договора. Также заемщик извлекает за счет своего противоречивого поведения выгоду — пользуется суммой займа, но при этом затем отказывается уплачивать договорные проценты. Наконец, нарушение формы сделки в части подписи является не очень существенным, так как последующее поведение заемщика свидетельствует о его согласии с условиями.

Впрочем, здесь следует сделать два замечания. Во-первых, если закон требовал соблюдения письменной формы сделки, но не требовал оформления единого документа, подписанного обеими сторонами договора (например, кредитный договор), сам факт совершения конклюдентных действий, если они оформляются соответствующими письменными документами, может быть рассмотрен как письменная форма волеизъявления (например, платежное поручение по уплате частичного платежа по договору). В такой ситуации эстоппель будет лишним аргументом, так как письменная форма соблюдена.

Во-вторых, если закон требовал соблюдения письменной формы в виде единого документа, подписанного обеими сторонами (например, аренда недвижимости), либо если подтверждение сделки не задокументировано, обсуждение таких ситуаций в контексте эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ уместно, если наличие на договоре неподлинной подписи рассматривается как порок формы сделки и влечет ничтожность, а не как повод для признания договора незаключенным в рамках ст. 432 и 433 ГК РФ. Если идти по последнему пути, здесь уместнее говорить об эстоппеле в свете п. 3 ст. 432 ГК РФ. Обсуждение этой ситуации в контексте ничтожности в данном комментарии обусловлено тем, что российские суды в описанном случае с неподлинной подписью на письменном документе устойчиво говорят о ничтожности, что представляется сомнительным. Полагаем, что обсуждать нарушение обязательной письменной формы корректно в тех случаях, когда сама воля лиц на вступление в сделку налицо, но нарушено требование к форме выражения этой воли; когда же нет доказательств выраженного в виде подписания документа согласия по содержащимся в документе существенным условиям, уместно говорить о незаключенности договора (раз уж наше право последовательно незаключенность и ничтожность разделяет). Соответственно, в таких случаях применение эстоппеля может быть уместным, но ссылаться суду корректнее на п. 3 ст. 432 ГК РФ, а не п. 5 ст. 166 ГК РФ.

Другой пример применения эстоппеля в контексте п. 5 ст. 166 ГК РФ: представим, что между сторонами заключен договор аренды недвижимости, срок его истекает, и арендодатель высылает аренда-

тору проект договора на новый пятилетний срок, арендатор отвечает своим согласием, остается в помещении и начинает платить по новым ставкам, указанным в проекте договора, но подписанный экземпляр договора не возвращает, обещая вернуть его «на днях». Эта ситуация сохраняется несколько месяцев, после чего арендатор вдруг решает выехать из помещения и перестает платить арендную плату, заявляя, что новый договор ничтожен, так как ст. 651 ГК РФ требует под угрозой ничтожности оформление договора аренды недвижимости в письменной форме в виде единого документа, подписанного сторонами. Такого документа нет, и, соответственно, несмотря на наличие его прямого (в виде письма) и конклюдентного (в виде оплаты арендной платы по новым ставкам и продолжения пользования помещением по истечении прежнего договора) согласия, с формальной точки зрения новый договор ничтожен. Но справедливо ли такое непоследовательное и, безусловно, недобросовестное поведение арендатора? Очевидно, что нет. Фактор доверия налицо: арендодатель не стал искать нового арендатора и позволил прежнему занимать помещение. При этом фактор упречности поведения доверившегося арендодателя ярко не выражен, так как он ожидал возвращения экземпляра договора и поверил арендатору на слово. Соответственно, есть условия для применения эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ. Более того, даже если арендодатель на каком-то этапе забыл о неполучении экземпляра договора, эстоппель может его защитить и в таких условиях. Его неосторожность в отношении этого непринципиального вопроса вряд ли выражена настолько ярко, чтобы заблокировать защиту его доверия и поощрить явную недобросовестность арендатора.

Куда более спорными являются случаи, когда эстоппель по п. 5 ст. 166 ГК РФ применяется к противозаконным сделкам. Суды и в таких случаях иногда применяют эстоппель и игнорируют имеющиеся в сделке содержательные пороки. Например, согласно практике ВАС РФ и ВС РФ, страховщик не может сослаться на ничтожность договора страхования ответственности перевозчика как противозаконного в силу п. 1 ст. 932 ГК РФ. Ссылка на ничтожность такого договора игнорируется, если страховщик принимал исполнение по договору, а «вспоминает» о ничтожности только тогда, когда наступил страховой случай и к нему страхователь предъявил требование о выплате страхового возмещения (Определение СКЭС ВС РФ от 20 июля 2015 г. № 307-ЭС15-1642, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2012 г. № 1649/13). Факторы ущерба, вменности возникновения доверия страховщику и извлечение им выгод за счет противоречивого поведения выражены абсолютно ясно и говорят в пользу применения

эстоппеля. Ущерб состоит в неполучении страховой суммы; реституция страховой премии — явно несоразмерное утешение. Страховщик, являясь профессионалом в соответствующей сфере (на что указала и СКЭС ВС РФ), прекрасно понимал противозаконность договора и своим статусом вызывал доверие у контрагента. Наконец, несправедливое извлечение выгоды страховщиком состоит в том, что он получает страховые суммы от множества страхователей, а единицам, которые получили право на страховое возмещение, отказывает, «вспоминая» о ничтожности. В то же время в этих делах встает вопрос о наличии такого неотъемлемого условия применения эстоппеля, как оправданность доверия страхователя. Тот, будучи профессиональным коммерсантом, скорее всего, понимает противозаконность заключаемого им договора, однако полагается на то, что страховая компания, дорожа своей репутацией, исполнит договор при наступлении страхового случая. Также против тезиса о несправедливости противоречивого поведения и, соответственно, против применения эстоппеля может свидетельствовать такой фактор, как учет целей нормы, которая запрещает заключать договор страхования ответственности перевозчика. Данный запрет был обусловлен целями защиты устойчивости страховых компаний, а также предотвращения так называемого морального риска со стороны страхователей: разработчики этой нормы в середине 1990-х гг. считали, что при наличии такой страховки должники будут нарушать договоры с третьими лицами чаще, осознавая, что негативные последствия таких нарушений уже переложены на страховую компанию, что может дестабилизировать договорную дисциплину и ударить по финансовой устойчивости страховых компаний. Эти цели имеют отношение к публичному интересу (устойчивость страховых компаний в интересах множества страхователей). Таким образом, если не касаться вопроса о политико-правовой оправданности данного запрета и обоснованности опасений, которые лежали за введением этой нормы (на самом деле целесообразность такого запрета вызывает большие вопросы, поскольку вышеобозначенные опасения разработчиков ГК РФ носят надуманный характер), фактор целей нормы говорит здесь против эстоппеля.

Еще более сомнительными являются определения СКГД ВС РФ (от 18 июля 2017 г. № 18-КГ17-83 и от 8 августа 2017 г. № 80-КГ17-5) по делам, где потребителю в споре с банком после его действий, подтверждающих договор, был противопоставлен п. 5 ст. 166 ГК РФ при его попытке сослаться на ничтожность сделки, объектами которой выступали финансовые инструменты, предназначенные для квалифицированных инвесторов, которыми потребители фактически не являлись



(кредитные ноты). При этом банк был прекрасно осведомлен о том, что контрагент является неквалифицированным инвестором. В этих делах ярко выражен такой фактор, как крайне низкая оправданность доверия банка, который как профессионал в соответствующей сфере предлагал потребителям заведомо недоступный для них финансовый инструмент. Кроме того, ярко выделяется фактор цели нормы, которая как раз и рассчитана на то, чтобы лица, не имеющие достаточного опыта в финансовой сфере, не заключали сделки в отношении сложных финансовых инструментов. Эксплуатация неопытности потребителя со стороны банка перевешивает возможные аргументы о том, что потребитель должен был осознавать эти риски.

В связи с приведенными делами возникает следующий вопрос: допустимо ли в принципе применение эстоппеля в отношении ничтожных сделок, где обе стороны знают о ничтожности? Положительный ответ на него приводит к тому, что стороны получают возможность обойти норму, обуславливающую ничтожность, сославшись на действия, которые подтверждали бы их намерение исполнять такую сделку. Видимо, ответ на данный вопрос может варьироваться в зависимости от значимости конкретной нормы и нашего ответа на вопрос о возможности судов осуществлять правотворчество.

Например, потенциально эстоппель может быть применен в ситуации, когда перевод долга состоялся без согласия кредитора, однако тот впоследствии своим поведением, зная о ничтожности перевода, совершенного без его предварительного согласия, выразил последующее согласие с переводом (в том числе в форме подачи иска о взыскании долга к новому должнику или в иной конклюдентной форме). Согласно п. 2 ст. 391 ГК РФ перевод долга без согласия кредитора является ничтожным. Вместе с тем предусмотренное законодателем последствие в виде ничтожности не совсем адекватно тому факту, что затрагиваются права исключительно стороны договора, которая может сама решить, нарушены ее права или нет. Однако альтернатива в виде оспоримости давала бы неудовлетворительный результат на практике, при котором на кредитора возлагалось бы бремя оспаривания сделки, которая по общему правилу не отвечает его интересам. Здесь можно было бы использовать конструкцию подвешенной недействительности, известную некоторым иностранным правовым порядкам, при которой сделка до получения соответствующего одобрения третьего лица (в данном случае — кредитора) не вступает в силу, так как не накоплен необходимый фактический состав, а лицо, имеющее право на одобрение сделки, своим одобрением вводит сделку в силу. Однако данная конструкция отечественному праву пока неизвестна, и этот

пробел можно восполнить через эстоппель, хотя это и не совсем свойственная для него функция. То, что эстоппель здесь субоптимален, выражается в отсутствии необходимости применять систему факторов несправедливости. Так, отсутствие ущерба или знание обеих сторон о ничтожности не должно быть аргументом в пользу кредитора, если он своим поведением впоследствии одобрил сделку. Достаточно того, что кредитор знал о совершенном переводе и рассматривал нового должника как действительного. По сути, мы связываем кредитора в силу одного лишь факта его волеизъявления, что свидетельствует о сделочном характере оного.

Как бы то ни было, общим правилом должен быть запрет на применение эстоппеля в ситуациях, когда обе стороны сделки пошли на заключение незаконного договора осознанно. В этом плане практика применения эстоппеля к ситуациям нарушения договором страхования запрета на страхование договорной ответственности вызывает сомнения не только в связи с тем, что данный запрет явно установлен в целях защиты устойчивости страховых компаний и предотвращения проблемы морального риска (пусть эти соображения явно ошибочны и не оправдывают установление такого запрета), но и потому, что доверие страхователя к действительности договора трудно обосновать. Ведь страхователь в указанных спорах был не потребителем, который действительно мог довериться страховой компании и не знать о наличии такого запрета (и тогда применение эстоппеля было бы более уместным), а коммерческой организацией и вполне должен был знать о незаконности заключаемого договора. Соответственно, его доверие к действительности сделки является необоснованным. Применение эстоппеля к этой ситуации фактически легализовало запрещенный рынок страхования договорной ответственности. В данном конкретном случае это к серьезным проблемам не приведет, так как сам запрет вряд ли обоснован с точки зрения политики права. Но к чему мы придем, если таким же образом стороны начнут цинично обходить и вполне обоснованные законодательные запреты? Сторонам достаточно будет приступить к исполнению такого незаконного договора, чтобы никто из них впоследствии не смог сослаться на ничтожность.

Как представляется, когда сторона, своим поведением подтверждавшая ничтожную сделку, сталкивается со стороной, которая вполне осознавала ничтожность сделки по причине порока в ее содержании, по общему правилу говорить об эстоппеле некорректно. Полагаем, что отступления от этого общего правила должны допускаться в самых исключительных случаях.

Однако, когда речь идет о ничтожности ввиду порока формы сделки, представляется, что даже знание сторон о ничтожности не является непреодолимым препятствием для применения п. 5 ст. 166 ГК РФ, если стороны исполняли сделку. Ключевое отличие от договоров с противозаконным содержанием здесь состоит в том, что через последующее исполнение договора с пороком формы большинство целей формы (удержание от принятия поспешных решений, отделение переговоров от заключения договора, идентификация сторон и т.д.) постепенно восполняются, достигаясь *post factum*. Здесь в ряде случаев вполне можно говорить о возникновении обоснованного доверия, которое право может защищать посредством эстоппеля.

Другой тип ситуаций, где иногда наблюдается применение эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ, — это ситуации, когда норма, обуславливающая ничтожность, не рассчитана на защиту стороны, ссылающейся на ничтожность, а защищает интересы контрагента, который решает, наоборот, апеллировать к действительности сделки, и при этом интересы третьих лиц и публичные интересы не ущемляются. В таком случае вряд ли необходим эстоппель. Дело в том, что и без всякого подтверждения сделки ссылка на ничтожность договора не той стороны, чьи интересы защищает санкция ничтожности, а другой стороны представляет собой злоупотребление правом. При этом здесь все еще можно сослаться на п. 5 ст. 166 ГК РФ, ведь последний закрепляет правило, которое шире по охвату, чем эстоппель (на что, кстати, не все обращают внимание). Данное правило предписывает игнорировать ничтожность в тех случаях, когда ссылающаяся на ничтожность сторона ведет себя недобросовестно, а далее упоминание поведения, подтверждающего существование сделки, указано лишь как пример недобросовестности. Соответственно, законодатель допускает и иные примеры, когда ссылка на ничтожность должна блокироваться в силу недобросовестности. И одна из таких возможных ситуаций — это ситуация, когда лицо пытается использовать норму, нарушаемую сделкой, в противоречии с ее значением. Альтернативный путь — телеологическое толкование нормы и применение конструкции относительной ничтожности, при которой для одной стороны сделка будет считаться ничтожной, а для другой она будет иметь силу. Однако данная альтернатива в виде концепции относительной ничтожности не соответствует традициям российского права и представляется многим избыточно сложной.

Примером ситуации, где эстоппель не нужен, но заблокировать констатацию ничтожности сделки суд может в связи с использованием ссылки на ничтожность не той стороны, чьи интересы санкция

ничтожности защищает, является практика ВС РФ, согласно которой в силу ст. 10 ГК РФ заемщик не может ссылаться на недействительность договора займа ввиду нарушения законодательного запрета кредитным кооперативам предоставлять займы лицам, не являющимся членами кредитного кооператива (пайщиками), если сам недобросовестный заемщик выдавал себя за члена кооператива, получил сумму займа и приступил к погашению долга перед тем, как «вспомнить» о том, что такой договор противоречит закону (Определение СКГД ВС РФ от 2 июня 2015 г. № 66-КГ15-5). Здесь ссылка на эстоппель видится необязательной, так как запрет для кредитного кооператива выдавать займы лицам, не являющимся пайщиками, едва ли рассчитан на защиту последних. Если кооператив посчитал более выгодным не ссылаться на ничтожность и требовать реституции, а потребовать погашения займа с начислением договорных процентов, попытка заемщика возразить, сославшись на свой же собственный обман, должна пресекаться, и здесь непринципиально, приступал ли он ранее к погашению займа или совершал какие-то дополнительные действия, укреплявшие веру кооператива в действительность договора. От признания договора действительным, учитывая добросовестность кооператива, иные интересы не пострадают.

Как мы видим, применение эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ должно осуществляться крайне осторожно и в целом допускаться лишь в самых исключительных случаях. Здесь, впрочем, следует отметить, что сама модель применения эстоппеля к ситуации ничтожного договора требует серьезной проработки. Сама норма п. 5 ст. 166 ГК РФ крайне неудачна, так как говорит о том, что заявление недобросовестного лица о недействительности не имеет правового значения. С учетом того, что ничтожность констатируется *ex officio* (по инициативе суда), возражение одной из сторон о ничтожности в принципе правового значения не имеет, а лишь помогает суду обнаружить соответствующий порок. Если суд его обнаружил без помощи сторон, он все равно должен признать договор ничтожным. Поэтому корректнее говорить о том, что суд при наличии вышеописанных условий просто игнорирует ничтожность и выносит решение исходя из фикции действительности договора. По сути, речь идет о своеобразной скрытой конвалидации ничтожного договора, осуществляемой не в традиционной форме рассмотрения отдельного иска о конвалидации (как например, в силу ст. 165 ГК РФ при нарушении требования нотариальной формы сделки), а в рамках рассмотрения обычного договорного спора. Этот аспект может быть важен, так как если мы говорим о конвалидации, то правовой эффект сделки может затронуть и третьих лиц. Например, представим, что

эстоппель применяется судом для вывода из-под ничтожности договора, предполагающего распоряжение индивидуально-определенным имуществом и переход его в собственность. Если в ходе рассмотрения спора между сторонами суд применил п. 5 ст. 166 ГК РФ, проигнорировал ничтожность договора и взыскал, например, долг с покупателя недвижимости, будем ли мы считать, что право собственности действительно перешло, и покупатель имеет распорядительную власть продать вещь третьим лицам или заложить? Видимо, ответ должен быть утвердительным.

*(ж) Эстоппель и признание договора измененным конклюдентным соглашением*

Если стороны договора ведут себя вопреки согласованным условиям и это поведение достаточно ясно указывает на то, что они имеют волю на изменение условий договора, нет необходимости применять эстоппель. Следует говорить, что стороны изменили договор своим конклюдентным поведением.

Именно через конклюдентное соглашение об изменении условий договора, а не через применение эстоппеля можно объяснить ситуации, когда лицо утрачивает право на оспаривание общей подсудности дела арбитражному суду, если обе стороны вступили в процесс и ответчик сразу не заявил о наличии договора с указанием на иную подсудность. В Постановлении от 23 апреля 2012 г. № 1649/13 в ситуации, когда сторона вступила в процесс, не заявляя сразу о неподсудности, а затем вдруг «вспомнила» об этом, Президиум ВАС РФ указал, что действия ответчика свидетельствуют о признании им компетенции арбитражного суда посредством конклюдентных действий, и при этом также сослался на эстоппель. Как представляется, ссылка на эстоппель здесь явно избыточна.

Другой пример: если стороны при обосновании своих требований и возражений (например, в исковом заявлении и отзыве на него) синхронно ссылаются на одно и то же применимое право, суд вправе констатировать существование подразумеваемого соглашения о применимом праве (п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 9 июля 2019 г. № 24). Если в самом договоре было указано на иное применимое право, следует говорить о том, что стороны своим конклюдентным поведением изменили условие о применимом праве. Ссылка на эстоппель для защиты доверия здесь не нужна.

Но могут быть и куда более спорные ситуации, где теоретически может открыться пространство для применения эстоппеля. Например, что, если подрядчик выставил заказчику после выполнения работ счет на сумму, меньшую, чем указанная в договоре цена? Можно ли в этом

поведении усмотреть сделочное волеизъявление — оферту на понижение цены? А в оплате такого счета усмотреть конклюдентный акцепт данной оферты? Как представляется, этот вывод был бы ошибочен. Подрядчик вполне мог иметь в виду предоставление заказчику отсрочки в остальной части цены или просто допустить математическую ошибку. Тут нет оснований говорить ни о конклюдентном изменении цены, ни об эстоппеле. Но далее допустим, что подрядчик несколько лет добровольно выставлял заказчику, имеющему право произвольно отказаться от договора, после сдачи очередного этапа работ счета с применением не предусмотренных договором понижающих коэффициентов, заказчик их оплачивал, а впоследствии подрядчик пытается взыскать недополученную часть цены. Можно ли говорить о том, что стороны своим конклюдентным поведением пришли к соглашению о понижении цены?

Та же ситуация возникает и тогда, когда арендодатель по договору, допускающему право арендатора на немотивированный отказ от договора, много месяцев выставлял счета с указанием арендной платы, которая была ниже договорной, а впоследствии требует от арендатора доплаты.

В таких ситуациях устойчивое поведение сторон может создавать ощущение, что речь идет не об ошибке, а о том, что подрядчик (арендодатель) пошел на уступку в части цены ради того, чтобы простимулировать контрагента остаться в договоре и не пользоваться своим правом на немотивированный отказ от договора, т.е. о какой-то договоренности, пусть и не оформленной на бумаге, возможно, подразумеваемой.

О какой договоренности может идти речь? Прощение долга является не вполне типичным для гражданского (в особенности коммерческого) оборота действием, которое в силу того, что лицо лишается своего полноценного имущественного права, требует однозначной конкретности и недвусмысленности волеизъявления (см. подробнее комментарий к п. 2 ст. 9 ГК РФ). Так что вряд ли систематическое выставление счетов на сумму меньшую, чем указано в договоре, само по себе (без учета дополнительных обстоятельств) может рассматриваться как волеизъявление на прощение части долга. Представляется, что в отсутствие дополнительных обстоятельств (переписки, просьбы арендатора о снижении цены договора) увидеть волю и на изменение договора в действиях сторон в подобной ситуации также достаточно сложно.

И здесь встает вопрос: можно ли тогда говорить об эстоппеле, возникновении разумного доверия, заслуживающего защиты, и отказать во взыскании ценовой разницы как минимум за периоды выставле-

ния таких счетов, если устойчивость практики выставления счетов на меньшую сумму сочетается с тем, что заказчик (арендатор) имел право на произвольный отказ от договора и не пользовался им? В этом случае при применении эстоппеля в описанных выше ситуациях суд будет принимать во внимание не только конкретность поведения, но и ущерб для арендатора и заказчика, а также выгоды контрагента. Например, заказчик мог продолжать исполнять договор подряда только в связи с благородным жестом подрядчика, т.е. руководствовался своего рода «джентельменским соглашением». Эта проблема пока не имеет однозначного решения.

В ряде ситуаций эстоппель может дополнять сделку. Речь идет о тех ситуациях, когда в силу закона или договора соглашение об изменении договора должно быть оформлено в строгой форме (например, в письменном виде под угрозой ничтожности), в такой форме соглашение не оформлено, но стороны исполняли договор в новой редакции. Если речь идет о нарушении обязательной нотариальной формы соглашения об изменении нотариально удостоверенного договора (п. 3 ст. 163, п. 1 ст. 452 ГК РФ), суд может конвалитировать такую сделку на основании соответствующего иска стороны, исполнившей договор в измененной редакции, по п. 1 ст. 165 ГК РФ. В остальных случаях в конкретных обстоятельствах может сработать эстоппель. Восстановить справедливость, признав действительным соглашение об изменении, нельзя, так как оно ничтожно, но при определенных условиях открываются основания для применения правила п. 5 ст. 166 ГК РФ.

Все вышесказанное применимо и к тем случаям, когда поведение обеих сторон указывает на согласие не изменить, а расторгнуть договор вовсе.

*(з) Эстоппель и дезавуирование ранее состоявшегося расторжения договора*

Нередко в судебной практике встречаются ситуации, когда расторгается договор аренды (обычно в результате отказа арендодателя в связи с нарушениями арендатора), однако стороны впоследствии фактически продолжают арендные отношения: арендатор продолжает пользоваться вещью, исправно уплачивать арендную плату, а арендодатель не спешит с форсированием требования об освобождении бывшего объекта аренды. Такая ситуация может длиться много месяцев и даже не один год. При этом особый интерес представляют случаи, когда стороны не подписывают каких-либо дополнительных соглашений, которые бы прямо свидетельствовали о том, что между ними вновь возник договор аренды. Большинство судов не усматривают в таком многомесячном фактическом пользовании имуществом

после расторжения договора аренды конклюдентное заключение нового договора. Отчасти это объясняется наличием п. 1 ст. 651 ГК РФ, требующий под угрозой ничтожности заключение договора аренды недвижимого имущества в письменной форме путем составления одного документа, а отчасти наличием ст. 622 ГК РФ, которая говорит о том, что после прекращения договора аренды арендатор в любом случае должен уплачивать арендную плату до фактического возврата вещи (из ст. 622 ГК РФ делается вывод, что пассивность арендодателя и принятие им арендной платы не могут свидетельствовать о его воле заключить новый договор аренды после расторжения прежнего). Такой подход в целом соответствует немецкой судебной практике, которая также придерживается осторожного подхода в подобного рода случаях. Одним из весомых аргументов является то, что если бы суды настаивали на скорейшем проявлении активности арендодателя в возвращении собственной вещи, то это повлекло бы ухудшение положения арендаторов, которым арендодатели любезно предоставляют негласные отсрочки.

Однако в ряде случаев, когда после расторжения договора фактическое его продолжение носит особо длительный характер, можно помыслить применение эстоппеля. В пользу этого говорит также то, что если арендодатель отказался от договора в связи с нарушением арендатора, а после не спешит с требованием об освобождении имущества, то арендатор может посчитать инцидент исчерпанным и положиться на то, что договорные правоотношения сохраняются на весь оставшийся срок договора. Односторонняя сделка по дезавуированию ранее совершенной односторонней сделки отказа от договора немыслима догматически, да и пассивность арендодателя не может рассматриваться как конклюдентное волеизъявление на ее совершение или конклюдентный акцепт некой конклюдентной оферты арендатора перезаключить договор на новый срок. В тех случаях, когда принцип автономии воли и сделочный фактор не позволяют защитить доверие арендатора, теоретически мыслимо применение эстоппеля, если налицо общие условия для применения данной доктрины. Если же фактическое пользование имуществом сопровождается дополнительными индикаторами намерения сторон продолжать договорные отношения (переговоры об изменении платы, согласование порядка пользования или перепланировки и т.д.), то в большинстве случаев в поведении сторон можно увидеть конклюдентное волеизъявление на заключение нового договора, а влекущий его ничтожность в силу ст. 651 ГК РФ порок формы может в конкретных обстоятельствах исправляться за счет применения эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ.



Фактическое продолжение договорных отношений после расторжения договора встречается не только в делах об арендных отношениях. В судебной практике анализировалось дезавуирование ранее состоявшегося расторжения договоров подряда и поставки. Однако для этих случаев характерно то, что после расторжения договора стороны активно проявляют свое намерение сохранить договор, согласовывая новые поставки или обсуждая выполнение работ. В таком поведении суды обычно справедливо видят волю сторон продолжать договорные отношения, хотя и нередко привлекают эстоппель в качестве факультативной аргументации. Действительная проблема соотношения эстоппеля и продолжения договорных отношений все-таки имеет место в делах об арендных отношениях, так как здесь поведение арендодателя обычно ограничивается его бездействием, а в бездействии увидеть сделочное волеизъявление ГК РФ не позволяет.

*(и) Эстоппель и отказ от права или его осуществления*

Согласно закону кредитор может простить должнику долг (ст. 415 ГК РФ), сторона договора может отказаться от осуществления договорного права (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ), собственник может отказаться от права собственности (ст. 236 ГК РФ). Целый ряд других случаев допустимого отказа от права или его осуществления упомянут в комментарии к п. 2 ст. 9 ГК РФ.

Отказ от права или его осуществления — это сделка. Следовательно, для наступления соответствующего правового эффекта требуется письменное или (с оговорками, следующими из общих правил о форме сделок) устное волеизъявление. Но возможна и активно конклюдентная форма совершения такой сделки (ст. 158 ГК РФ), т.е. отказ от права, совершаемый в форме тех или иных действий, очевидно свидетельствующих о воле на отказ от права или его осуществления. Это, например, прямо указано в ст. 236 ГК РФ применительно к отказу от права собственности. Нередко письменного документа, содержащего волеизъявление на отказ от права, нет, но имеются доказательства совершения активных действий, из которых воля на отказ явным образом следует. В такой ситуации можно говорить либо о конклюдентной форме отказа от права (или его осуществления), либо о допустимых доказательствах ранее выраженного устного волеизъявления об отказе. Соответственно, в таких случаях нет нужды прибегать к ст. 10 ГК РФ и эстоппелю.

В этом плане следует оценить норму п. 5 ст. 450.1 ГК РФ, которая гласит, что «[в] случаях, если при наличии оснований для отказа от договора (исполнения договора) сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой

стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ по тем же основаниям не допускается». Если не забывать о том, что отказ от осуществления договорных прав возможен (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ (см. подробнее комментарий к п. 2 ст. 9 ГК РФ)), а также то, что сделочное волеизъявление в силу ст. 158 ГК РФ может быть конклюдентным, то следует сделать следующий вывод: подтверждение договора тем или иным прямым или конклюдентным образом (например, в форме исполнения договора) после того, как управомоченная на отказ сторона узнала или должна была узнать о наличии оснований для отказа от договора (если само фактическое основание для отказа не носит длящийся характер), является, скорее, конклюдентным отказом от права на расторжение. Иначе говоря, здесь нет оснований видеть применение эстоппеля и ст. 10 ГК РФ.

То же касается положения абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ о подтверждении оспоримой сделки. Логичнее здесь видеть не применение эстоппеля, а сделочное волеизъявление подтверждения оспоримой сделки, которое равнозначно прямо выраженному и конклюдентному отказу от осуществления права на оспаривание сделки по обнаруженному основанию.

Но иногда суды начинают применять эстоппель в ситуации, когда волеизъявления на отказ от права (его осуществления) нет в силу того, что закон такой отказ просто не допускает, но суды усматривают непоследовательное поведение и необходимость защиты доверия. Например, эстоппель может стать выходом из категоричного текста п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, который допускает отказ от осуществления договорных прав только в тех случаях, когда отказавшейся стороной является коммерсант. Здесь формальный отказ от осуществления договорного права невозможен, но при наличии необходимых для применения эстоппеля дополнительных факторов (т.е. при явной несправедливости подрыва доверия) суд может защитить доверие к последовательности поведения за счет ст. 10 ГК РФ.

Другой пример: ВАС РФ и ВС РФ считают, что мировое соглашение направлено на полное прекращение конфликта между сторонами, и поэтому невключение в него условий о судьбе каких-либо дополнительных требований, вытекающих из того же правового основания, что и заявленное в суде основное требование, по поводу которого заключено мировое соглашение, влечет за собой потерю истцом права на предъявление таких дополнительных требований. Поскольку отказа от права здесь нет, суды при заявлении новых требований и при наличии ранее утвержденного мирового соглашения в удовлетворении таких требований отказывают не посредством обращения к инсти-

туту отказа от права и прощения долга, а путем ссылки на эстоппель (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2011 г. № 13903/10; Определение СКЭС ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-9906). Есть определенные сомнения в том, что здесь речь идет об эстоппеле. Анализ факторов, которые указывали бы на явную несправедливость, в этих актах высших судов не приводится. По сути, суд толкует волеизъявление кредитора, выраженное в мировом соглашении и касающееся судьбы основного требования (например, предоставление отсрочки), как подразумеваемый отказ от дополнительных требований, которые не были заявлены в первом иске (например, проценты). Насколько этот вывод обоснован, вопрос спорный.

Эстоппель может применяться также и тогда, когда сторона вела себя пассивно и не предпринимала активных действий, которые могли бы недвусмысленно свидетельствовать об отказе от права или его осуществления. Пункт 3 ст. 158 ГК РФ прямо указывает, что волеизъявление в форме молчания и бездействия, если иное не предусмотрено ранее заключенным договором или законом, не может иметь природу сделочного волеизъявления. О том же по сути говорят ст. 438, а также п. 7 ст. 450.1 ГК РФ. Соответственно, по общему правилу неосуществление права не означает отказ от него или его осуществления. Но в ряде ситуаций такое бездействие дает другой стороне основания верить в то, что управомоченная сторона потеряла интерес к осуществлению права, и подрыв такого доверия явно несправедлив. В подобной ситуации восстановить справедливость можно за счет применения эстоппеля при наличии соответствующих общих условий его применения.

Когда речь идет о праве требования, непредъявление требования должнику само по себе, не сопровождаясь некими активными действиями, которые могли бы создать у должника веру в прощение долга, не должно влечь блокирование права в силу эстоппеля, так как интересы должника достаточно эффективно защищает короткая трехлетняя исковая давность. В некоторых странах, где исковая давность намного больше, суды начинали применять в этом отношении эстоппель, но в российских реалиях в этом нет необходимости.

То же касается и блокирования возможности осуществить свое право требования во внесудебном порядке (например, осуществить безакцептное списание или зачет). Так, если покупатель акций в течение нескольких лет не реализует право на «безакцептное» списание акций с лицевого счета продавца на основании заранее подписанного им и переданного покупателю передаточного распоряжения, он не может впоследствии вдруг «вспомнить» о своем праве и попытаться осуществить его (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г.

№ 12913/12). В принципе, в рамках действующего законодательства спор должен быть разрешен на основании п. 3 ст. 199 ГК РФ, согласно которому по прошествии исковой давности блокируется возможность в одностороннем внесудебном порядке осуществить задавненное право. В период вынесения указанного Постановления данная норма еще не действовала, так что, возможно, суд выбрал разумное обоснование. Но в свете нынешнего законодательства исковой давности вполне достаточно.

Несколько иная ситуация имеет место в отношении вторичных / преобразовательных прав (например, прав на отказ от договора или его судебное расторжение в ответ на состоявшееся нарушение). Закон или договор нередко не устанавливают никаких сроков осуществления таких прав, исковая давность здесь неприменима (например, применительно к внесудебному отказу от договора) или представляется избыточной по своей продолжительности (например, в отношении расторжения нарушенного договора по суду), но при этом возникающая правовая неопределенность в отношении перспектив реализации указанных прав не может сохраняться слишком долго. Поэтому данные права по логике должны пресекаться по истечении разумного срока. С точки зрения п. 7 ст. 450.1 ГК РФ наличие в законе или договоре указания на срок реализации права является необходимым условием для его пресечения, но часто такой срок не установлен, и, соответственно, с формальной точки зрения право не пресекается. Но здесь для обоснования такого пресечения вопреки этим формальным препятствиям в ответ на неосуществление вторичного права в течение разумного срока может применяться п. 1 ст. 10 ГК РФ и эстоппель, если, конечно, налицо общие условия для применения эстоппеля (прежде всего фактор доверия и несправедливости его подрыва).

Так, согласно практике ВАС РФ, арендодатель утрачивает право на расторжение договора аренды из-за имевших место просрочек в оплате в случае нереализации этого права в разумный срок после получения просроченных платежей (п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73). Другой пример: если, например, заемщик нарушил условие использования кредита, нарушение не носит длящийся характер, банк узнал о факте нарушения, но не воспользовался своим правом заявить о досрочном возврате кредита сразу, а через два года пытается воспользоваться этим правом по указанному основанию, такое поведение банка явно недобросовестно. Предшествующая информированная пассивность банка вселила в заемщика веру в то, что банк не рассматривает это нарушение как достаточное основание для акселерации долга, — затягивание с реализацией права

на акселерацию и подрыв таких ожиданий крайне несправедливы. Этот результат может достигаться сейчас за счет обращения к п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Можно привести и пример из области вещного права. Для отказа от права собственности в силу ст. 236 ГК РФ требуется прямое или конклюдентное волеизъявление в виде тех или иных действий. Если кто-то, будучи собственником недвижимости, не проявляет к ней интереса, не использует, не платит коммунальные платежи и налоги, это само по себе еще не свидетельствует об отказе от права собственности и возникновении у третьих лиц, знающих о собственнике, права оккупировать данную недвижимость. Но представим, что собственник отстранился от владения недвижимостью и проявляет полную к ней индифферентность и при этом не возражает против того, что некто другой завладел ею, использует и несет все сопряженные с этим издержки более 15 лет. Затем на иск владельца о признании за ним права собственности по приобретательной давности собственник заявляет, что он не отказывался от права собственности, а владелец не является добросовестным, так как знал о фигуре истинного собственника. Иногда в ситуациях, когда один из сособственников квартиры много лет не проявляет интереса в осуществлении прав собственности, не оформляет свое право собственности в реестре и не участвует в несении расходов, суды использовали ссылку на институт конклюдентного отказа от права собственности, хотя поведение такого сособственника и ограничивалось бездействием (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 31 июля 2018 г. № 81-КГ18-15). Суды делали это, так как, согласно распространенному ранее воззрению, лицо не могло считаться добросовестно владеющим чужим объектом недвижимости, если ее собственник был известен и он прямо не отказывался от права собственности. Соответственно, при таком подходе, если не обнаружить отказ от права собственности, приобретательная давность блокируется при условии, что претендент знал о настоящем собственнике, не оформил с ним какой-либо договор о приобретении права, а просто открыто фактически владел и пользовался его недвижимостью.

Как представляется, если в данных ситуациях встать на путь защиты интересов лица, претендующего на приобретение права собственности, более предпочтительным кажется использование эстоппеля вместо противоречащей ст. 158 ГК РФ фикции сделки. Если собственник доли в праве собственности на квартиру знал, что другой сособственник пользуется всей квартирой и несет все связанные с квартирой в целом издержки, не возражает против этого и проявляет полное безразличие к своей доле в праве собственности, не регистрирует свое право

в ЕГРН, не платит налоги и коммунальные платежи, теоретически при попытке такого пассивного собственника возразить против удовлетворения иска о признании права собственности на всю квартиру по приобретательной давности со ссылкой на то, что истец не мог не знать о наличии прав на долю у ответчика, а значит, являлся субъективно недобросовестным, суд может задуматься о блокировании такого возражения на основании эстоппеля.

Возможно, проблему можно было бы решить, изменив представления о добросовестности владения как условия для возникновения права собственности на основании приобретательной давности. Так, например, в более позднем Определении ВС РФ прямо указывается, что, даже если собственник доли в праве собственности на жилой дом не отказывался от своего права собственности прямо, но фактически устранился от владения, тот факт, что другое лицо открыто фактически владело и пользовалось всем объектом, дает последнему лицу право на приобретение собственности на него по приобретательной давности. Тот факт, что истец знал об истинном собственнике, по мысли ВС РФ, в такой ситуации не является препятствием для приобретения права собственности по давности. Иначе говоря, добросовестность владеющего лица больше не увязывается Судом с незнанием об истинном собственнике или получением прямого отказа собственника от своего права собственности (Определение СКГД ВС РФ от 22 октября 2019 г. № 4-КГ19-55, 2-598/2018). Встает вопрос о том, не является ли сама эта новая линия судебной практики проявлением правила эстоппель.

Впрочем, выше речь шла о более корректном обосновании решения об удовлетворении иска о признании права собственности по приобретательной давности. Большой вопрос, который здесь не место обсуждать, касается самой целесообразности защиты владельца, осознанно оккупировавшего чужую собственность, не вступившего с известным ему собственником в договорные правоотношения, а рассчитывающего лишь на то, что пассивный собственник просто будет терпеть такое бездоговорное владение 15 лет. Когда недвижимость носит брошенный характер, а собственник неизвестен, вовлечение данного объекта в оборот за счет института приобретательной давности не вызывает сомнений. Но более сложный вопрос возникает там, где собственник известен, претендент не имел никаких затруднений в том, чтобы найти его, вступить в переговоры и выкупить у собственника объект недвижимости или запросить оформление договора аренды, найма или ссуды, а вместо этого пошел по пути оккупации объекта.

Можно привести и другой пример из вещного права. Согласно ст. 236 ГК РФ при отказе от права собственности права и обязанности

собственника не прекращаются до приобретения права собственности на объект новым лицом. Кажется, что в такой ситуации собственность прекратится в момент, когда вещью завладеет любое другое лицо. Но законодатель идет иным путем и в ст. 226 ГК РФ устанавливает, что по общему правилу завладения движимой вещью, которую собственник бросил в целях отказа от права собственности, недостаточно для того, чтобы завладевшее лицо приобрело на вещь право собственности, и требуется соблюдение особой процедуры признания вещи бесхозяйной судом. Представим, что собственник загородного дома отказался от права собственности на поломанную газонокосилку, выставив ее за ворота и направив в чат коттеджного поселка заявление об отказе от права собственности с предложением любому желающему забрать вещь. Один из соседей берет вещь себе, чинит ее и начинает использовать, но, естественно, никакую процедуру признания вещи бесхозяйной не запускает, после чего изначальный собственник вдруг «вспоминает» о ст. 236 ГК РФ и о том, что он все еще собственник, и заявляет виндикационный иск. Очевидно, что такой иск надо отклонять. Обосновать отказ в иске можно, либо а) истолковав ст. 226 ГК РФ ограничительно таким образом, что она касается только случаев, когда вещь лишь выглядит как брошенная, но прямого заявления собственника об отказе от нее нет, и установив, что в случае прямого отказа от собственности на движимость, право возникает у завладевшего лица вопреки написанному в ст. 226 ГК РФ сразу же в момент завладения, либо б) при сохранении более традиционного прочтения ст. 226 ГК РФ как относящейся и к прямому отказу от права собственности используя правило эстоппель.

То же с необходимыми адаптациями применимо и к недвижимости. Если житель деревни не смог продать свой деревянный домик, заявил соседям, что отказывается от него, вывесил соответствующее объявление, направил в соответствующий муниципальный орган соответствующее заявление в целях постановки дома на учет как бесхозяйного в порядке п. 3 ст. 225 ГК РФ и уехал в город, а один из соседей после этого переселил в этот дом своих детей и отремонтировал его, согласно ст. 225 ГК РФ собственность у новых частных владельцев не возникает до истечения приобретательной давности (т.е. 15 лет). Несмотря на это, вряд ли справедливо было бы удовлетворять иск о виндикации вернувшегося через пять лет из города собственника, даже если срок приобретательной давности не прошел и формально согласно ст. 225 и 236 ГК РФ собственником дома все еще является истец. Этот вывод можно было бы обосновать а) небуквальным прочтением закона и выведением из него права на приобретение лицом,

завладевшим объектом, собственности на недвижимость без необходимости выжидать 15 лет в ситуациях, когда собственник от своего права прямо и недвусмысленно отказался, либо б) применением правила эстоппель.

Возможность квалификации того или иного поведения управомоченного лица в качестве сделки конклюдентного отказа от права (от его осуществления) или основания для блокирования права в результате эстоппеля зависит в том числе от природы права, о котором идет речь. Если утрачивается право требования, то эффект аналогичен прощению долга. Здесь требуется высокая степень конкретности волеизъявления кредитора, отказ от права должен быть либо прямо выражен, либо носить конклюдентный характер, а утрату имущественного права в силу эстоппеля вряд ли можно признать нормальным явлением. Для применения здесь правила эстоппель требуются очень ярко выраженные факторы несправедливости. То же еще в большей степени касается вещных прав. Но когда речь идет лишь о секундарном праве, которое само по себе не обеспечивает доступ к какому-либо имущественному благу, а лишь создает возможность изменить текущие правоотношения, то степень конкретности поведения может быть относительно ниже, и открываются основания для более интенсивного применения эстоппеля.

*(к) Эстоппель и заявления (соглашения) о фактах*

Пока крайне неразработанным в российском праве является вопрос о возможности применения эстоппеля к тем ситуациям, где одно лицо делает какое-либо утверждение о тех или иных фактах прошлого или настоящего, другая сторона полагается на это утверждение и адаптирует свое поведение, а затем утверждавшее лицо начинает отрицать данный факт. Нередко здесь можно говорить об обмане и деликтной ответственности (ст. 179, 434.1 ГК РФ) или предоставлении недостоверных заверений и ответственности по правилам ст. 431.2 ГК РФ. Но нельзя ли допустить, что, помимо взыскания убытков, особым механизмом защиты прав обманутой стороны будет блокировка самой возможности обманувшей стороны впоследствии в отношениях между сторонами данный факт отрицать? В ряде стран такое проявление эстоппеля признается (например, *estoppel by representation of fact* в английском праве, *equitable estoppel* в праве многих штатов США).

Как представляется, в ряде ситуаций такое применение эстоппеля вполне возможно, если налицо очевидная противоречивость поведения, возникновение разумного доверия у другого лица и несправедливость подрыва этого доверия недобросовестным лицом, решившим вдруг отрицать то, что ранее им утверждалось.



Допустим, что страхователь по истечении срока договора страхования заключает со страховой компанией новый договор и заявляет, что по предыдущему договору страховых случаев не наступало, но на следующий день сообщает о наступлении страхового случая по прежнему договору за день до его окончания. Формально срок для предъявления уведомления о наступлении страхового случая мог не истечь, но попытка предъявить требование о выплате страхового возмещения после того, как сам страхователь заявлял об отсутствии страхового случая (недобросовестное непоследовательное поведение) и тем самым добился скидки в размере страховой премии при заключении нового договора (факторы доверия и адаптации поведения), может и должна пресекаться за счет эстоппеля и п. 1 ст. 10 ГК РФ. Вряд ли в заявлении страхователя об отсутствии страховых случаев страховщик мог увидеть волеизъявление на прощение долга по уплате страхового возмещения. Это справедливо хотя бы потому, что страховщик не знал о наличии у него такого долга. Поэтому эстоппель здесь остается единственным средством для обоснования позитивного интереса страховщика.

В подп. «е» п. 1.7 комментария к настоящей статье приводился пример с займом, выданным кооперативом лицу, которое выдавало себя за его члена. Игнорирование судом данного порока может быть объяснено также и ссылкой на эстоппель в силу утверждения о факте.

Другой пример: потребитель своим заявлением или поведением убеждает коммерсанта в том, что он также является индивидуальным предпринимателем, а впоследствии пытается сослаться на законодательство о защите прав потребителей. Такое поведение выглядит противоречивым, и потребителю может быть противопоставлен эстоппель. Оправдание такому решению можно отчасти найти в п. 4 ст. 23 ГК РФ, который запрещает гражданину, осуществляющему предпринимательскую деятельность, сослаться в отношении заключенных им при этом сделок на то, что он не зарегистрирован как предприниматель. Когда физическое лицо прямо заявляет о том, что оно является индивидуальным предпринимателем, степень его недобросовестности еще выше, чем в ситуации, когда об этом говорит лишь его поведение. Похожая ситуация может возникнуть и в случаях, если лицо выдает себя за квалифицированного инвестора, контрагент тем самым вводится в заблуждение, а впоследствии обманщик пытается сослаться на отсутствие у себя такого статуса. В заявлении о наличии статуса предпринимателя или квалифицированного инвестора едва ли можно увидеть сделку, однако связанность таким заявлением представляется справедливой.

Еще один пример: компания, не будучи уверена в том, что наименование ее продукции, которую она планирует запустить в производ-

ство, не нарушает права на товарный знак некоего правообладателя, запрашивает мнение последнего. Тот отвечает, что не находит здесь достаточного сходства и не считает, что такое наименование продукции будет использовано его товарным знаком. Компания, получив такой ответ, осуществляет инвестиции и выпускает продукцию, а затем сталкивается с иском обладателя товарного знака. В принципе, текст ответа на запрос не свидетельствует о согласии на использование товарного знака и возникновении лицензионных правоотношений, но попытка обладателя товарного знака впоследствии наказать компанию за нарушение, об отсутствии которого он сам ранее писал в ответ на соответствующий запрос, является недобросовестным противоречивым поведением и может блокироваться со ссылкой на эстоппель.

Как представляется, если реципиент неких заверений или утверждений точно знал о недостоверности информации, ни о каком заслуживающем защиты доверии говорить не приходится. Также есть сомнения в том, что право отрицать в суде подтвержденное им обстоятельство может блокироваться в тех случаях, когда утверждавшая сторона сама не знала и не должна была знать об истинном положении вещей. Но несколько иная ситуация может сложиться, если одна сторона сообщила неправду, имея все основания знать правду, а другая сторона добросовестно полагалась на полученную информацию и адаптировала свое поведение настолько, что последующее отрицание соответствующего обстоятельства первой стороной будет явно несправедливым. Как представляется, здесь эстоппель вполне может применяться.

В подобных ситуациях можно говорить о процессуальном эффекте эстоппеля в виде запрета ссылок на несоответствие заявленного факта реальности в суде.

Еще один пример: представим, что цессионарий, желая приобрести требование, запросил предварительно должника о том, признает ли он существование долга и имеются ли у него те или иные эффективные возражения либо зачетоспособные встречные требования в отношении изначального кредитора, а должник отвечает, что все в порядке, долг свой признает и готов погасить его к назначенному сроку. Положившись на эти заверения, цессионарий приобретает требование и уплачивает цеденту цену за него, но впоследствии он сталкивается с отказом должника погасить долг, а при попытке взыскания — с выдвиганием должником возражения, основанного на его отношениях с цедентом (либо сталкивается с предъявлением должником к зачету своего требования к цеденту), в отсутствие которого должник уверял цессионария. Поведение должника недобросовестно, как минимум если он знал или должен был знать о наличии у него соответствующего

возражения или зачетоспособного требования. По сути, в таких ситуациях можно говорить о том, что должник либо обманул цессионария, либо неосторожно ввел его в заблуждение. Если речь идет об обмане или неосторожном предоставлении должником недостоверной информации о возражениях и зачетоспособных встречных требованиях, чувство справедливости подсказывает, что доверие цессионария следует защитить. Один из вариантов защиты (компенсационная защита доверия по модели *liability rule*) состоит в том, чтобы допустить зачет или принять эффективное возражение должника, но позволить цессионарию требовать от должника возмещения убытков посредством деликтного иска (солидарно с отвечающим согласно ст. 390 ГК РФ цедентом). Другой вариант защиты состоит в том, чтобы лишить должника возможности выдвинуть соответствующее возражение или заявить зачет против требования цессионария (защита по модели *property rule*). Последний вариант кажется вполне приемлемым как минимум на случай умышленного обмана, но может быть признан допустимым и в ситуации неосторожности должника (когда он точно не знал о наличии у него эффективного возражения или зачетоспособного встречного требования к цеденту, но мог бы знать об этом, прояви он должную меру заботливости и осмотрительности), ведь в конечном счете никто не обязывал должника отвечать на такой запрос цессионария. Подобное решение не будет новым словом в цивилистике: оно хорошо известно зарубежному праву (см., например, п. 2 ст. III.—5:116 Модельных правил европейского частного права).

Если пойти по этому пути, то мы сталкиваемся с классической развилкой. Нам следует либо а) признать подобное сообщение должника об отсутствии у него эффективных возражений или зачетоспособных встречных требований подразумеваемым отказом от осуществления своих возражений или зачета против цессионария с опорой на те возражения и те встречные требования, которые у должника имелись к моменту соответствующего ответа на запрос цессионария, либо б) не признавать за соответствующим ответом на запрос значения сделки, а вместо этого задействовать для защиты доверия цессионария правило эстоппель. В ряде случаев ответ должника может быть действительно квалифицирован как сделка (например, если должник в ответ на запрос цессионария или по своей инициативе прямо отказался от осуществления права на зачет). Но в ситуации простого сообщения об известных должнику фактах сделочная квалификация может быть поставлена под сомнение. Аргументом против «сделочного решения» в такой ситуации является то, что воля должника была явно не направлена на отказ от осуществления каких-либо прав или на иное прямое

воздействие на материально-правовые отношения — должник лишь сообщал цессионарию известные ему обстоятельства. Более того, часто речь идет не о каком-либо секундарном праве на выдвижение исключения, в отсутствие которого должник уверяет цессионария, а о некоем факте, который лежит в фактическом основании требования и отсутствие которого лишает это требование основания (например, факт поставки должнику товара, оплата за которой и представляет собой долг должника перед cedentом, или факт получения займа, требование о возврате которого уступалось). Отказ от возможности апеллировать к какому-то факту в суде сомнительно относить к категории сделочного волеизъявления, поэтому здесь уместно применять правило эстоппель. Должник лишается возможности противоречить себе в суде, так как в типичной ситуации налицо противоречивость поведения должника, возникновение у цессионария разумного доверия, при наличии умысла или неосторожности в поведении должника имеется его вина в возникновении доверия, а также очевиден явный ущерб интересам цессионария, который уплатил цену за уступленное право, полагаясь в том числе на соответствующие уверения должника. Естественно, в подобной ситуации должник, чьи возражения были заблокированы, будучи принужден к погашению долга, который на самом деле отсутствовал, не лишен возможности впоследствии предъявить к cedentu кондикционное требование<sup>1</sup>.

Похожий вопрос возникает в ситуации, когда обе стороны в соглашении, расписке, накладной или акте признают определенные факты (наличие или отсутствие дефектов в поставленном товаре, объем выполненных работ или количество переданного товара, факт передачи наличных денег, факт раскрытия той или иной информации до заключения договора и т.п.). Такие положения, в которых стороны совместно признают определенные обстоятельства, нередко включа-

---

<sup>1</sup> Остается лишь отметить, что сейчас в ГК РФ (ст. 386) с 1 января 2015 г. закреплена нелепая норма, согласно которой должник в разумный срок после получения уведомления о переходе права «обязан сообщить новому кредитору о возникновении известных ему оснований для возражений и предоставить ему возможность ознакомления с ними»; «[в] противном случае должник не вправе ссылаться на такие основания». Обсуждать всерьез данную норму сложно — она просто должна быть признана неконституционной или толковаться *contra legem* с выведением из нее идеи об утрате возражений только в ситуации, когда должник на запрос цессионария прямо заявляет ему об их отсутствии (т.е. в духе той идеи, которая была озвучена выше). Возложение же на должника бремени инициативно (даже при отсутствии какого-либо запроса) раскрывать все основания для своих возможных возражений указанному в уведомлении о переходе права цессионарию после получения такого уведомления назвать иначе, чем вопиющей несправедливостью, нельзя.

ются в договоры (в основном эти положения касаются обстоятельств, имевших место до заключения договора). Но чаще стороны уже после заключения договора оформляют взаимное соглашение по фактам, касающимся исполнения договора, в виде того или иного акта, расписки и т.п. Природа таких соглашений в российском праве пока плохо изучена.

Подобные соглашения в ряде случаев можно рассматривать как сделки. Если они выражают волю лиц на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей, то последствия таких сделочных волеизъявлений стороны и суды должны признавать. Но, чтобы считаться сделкой, здесь требуется выявление направленности волеизъявлений сторон на материально-правовые последствия. При необнаружении судом такой направленности воли на соответствующие материально-правовые последствия остается признать такие соглашения в качестве носящих не сделочный, а сугубо доказательственный характер. Последнее будет означать, что данное соглашение может быть представлено в суд в качестве доказательства в отношении спорного факта. Но другая сторона может представить контрдоказательства, и суд в ряде случаев, оценивая все представленные доказательства по внутреннему убеждению комплексно и применяя соответствующий стандарт доказывания, может как признать зафиксированный в соглашении факт в качестве доказанного, так и прийти к обратному выводу. В обоих случаях при оспаривании одной из сторон того факта, который признан в соглашении, нет оснований применять эстоппель. В первом случае отрицание факта невозможно, но не потому, что это будет противоречивое поведение и злоупотребление правом, а потому, что сработал материально-правовой эффект; во втором же случае оспаривание возможно, так как соглашение имеет сугубо доказательственное значение, но для опровержения потребуются серьезные доказательства. Например, если у должника имелся долг на сумму 1 млн руб., а затем он с кредитором подписывает соглашение, в котором стороны признают, что размер задолженности *понижается* до 600 тыс. руб., при отсутствии признаков погашения разницы между указанными величинами есть основания придать этому соглашению сделочное значение частичного прощения долга. Если после этого кредитор начнет требовать от должника погашения «прощенных» 400 тыс. руб., есть основания отказать ему в иске в этой части. Для этого не нужен будет эстоппель и ст. 10 ГК РФ — достаточно сделочной квалификации данного соглашения как прощения долга.

Если же в описанной ранее ситуации в соглашении не идет речь о понижении размера долга, а просто имеет место подписанный между

сторонами акт сверки, в котором фиксируется меньший размер долга, чем это следует из содержания правоотношения, здесь сложно увидеть волеизъявление кредитора на прощение долга, так как последнее должно быть недвусмысленно выражено. Возможно, просто допущена арифметическая ошибка, или бухгалтерия упустила тот или иной первичный документ, или должник не учел скрытый дефект в поставленном ему товаре, который давал ему право на снижение цены. Соответственно, о прощении долга говорить нельзя, и такой акт должен иметь лишь доказательственное значение. Если кредитор решил потребовать уплаты разницы, он, возможно, и действует противоречиво, однако отказать ему со ссылкой на прощение долга вряд ли возможно. Но можно ли здесь применить эстоппель? Как представляется, эстоппель применять в целях блокирования такого иска тоже неправильно, поскольку ни о каком разумном доверии должника речь не идет, ведь тот точно знал истинный размер долга. Иначе говоря, такой акт будет просто очень убедительным доказательством того, что спорное обстоятельство имело место, но это доказательство может оцениваться наравне с другими, и в ряде ситуаций суд, оценивая все доказательства в комплексе по внутреннему убеждению с применением релевантного стандарта доказывания, может прийти к иному выводу в отношении фактов спора. Подтверждением данному подходу является Определение СКЭС ВС РФ от 25 октября 2018 г. № 310-ЭС17-15675. Соответственно, каждая из сторон может в суде доказывать то, что указанное в соглашении обстоятельство не соответствовало действительности, и представлять доказательства, опровергающие признанный факт. Для этого не требуется признавать такое соглашение недействительным. В подтверждение данного подхода можно привести Определение СКЭС ВС РФ от 21 января 2019 г. № 305-ЭС15-15877(11), в котором корректирующие акты в отношении объемов потребленной энергии признаны Судом имеющими лишь доказательственное значение и не признаны сделками.

В пользу такого же чисто доказательственного подхода в отношении соглашений по фактам, не соответствующим признакам гражданско-правовой сделки с материально-правовыми эффектами, говорит и системное толкование закона. В силу ч. 2 ст. 70 АПК РФ стороны спора могут как в судебном заседании, так и вне его заключить соглашение по фактам спора, и признанные сторонами в результате достигнутого между ними соглашения обстоятельства принимаются арбитражным судом в качестве фактов, не требующих дальнейшего доказывания; для этого требуется, чтобы стороны подали суду письменные заявления, а суд занес факт заключения такого соглашения в протокол

судебного заседания. В п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 99 Суд разъяснил, вправе ли сторона после подписания соглашения о признании обстоятельств отказаться от признания этих обстоятельств. Он указал, что из закона не следует, что стороны (одна из сторон) лишены возможности в судебном заседании, в котором исследуются доказательства по делу, сообщить суду о том, что соглашение о признании обстоятельств является ошибочным. По мнению ВАС РФ, это сообщение, а также ранее подписанное сторонами соглашение о признании обстоятельств оцениваются судом наряду с другими доказательствами. Иначе говоря, даже достигнутое в ходе судебного процесса соглашение о фактах имеет, по мнению ВАС РФ, сугубо доказательственное значение. Было бы странно, если бы соглашение по фактам, заключенное вообще до суда, имело более сильное, формальное значение, жестко блокируя право каждой из сторон отрицать признанный в соглашении факт.

Но в судебной практике есть и обратный пример: в Определении СКЭС ВС РФ от 25 октября 2018 г. № 310-ЭС17-15675 акт, в котором подтвержден факт полной оплаты работ (несмотря на ее отсутствие), был признан сделкой, и подрядчику было отказано в праве в суде ссылаться на реальное положение вещей и отсутствие оплаты не в результате оценки доказательств, а в силу принципа свободы договора. Как представляется, фиксация в акте выполненных работ факта наличия оплаты в ситуации, когда этот факт не соответствовал действительности, не может быть признана сделкой прощения долга: воля сторон явно направлена не на прощение долга, а на ложную констатацию факта. А если так, то подобному соглашению следовало придать лишь доказательственное, а не сделочное значение.

Могут быть и достаточно спорные ситуации, когда сделочный и доказательственный варианты квалификации разграничить непросто. Например, речь идет о подписании сторонами соглашения о размере убытков кредитора. Если по факту убытки больше, можно говорить о прощении долга. Такое прощение законно, если нет оснований для применения запрета на дарение между коммерсантами (ст. 575 ГК РФ). Если соответствующий запрет применим, сделочное волеизъявление не имеет силы, и соответствующее соглашение будет иметь сугубо доказательственный эффект. Но что, если убытки в реальности меньше? Российская судебная практика пока не признает абстрактное признание долга в ситуации его отсутствия, но такое признание может быть оценено как соглашение о консенсуальном дарении суммы, составляющей разницу между реальным и признанным долгом. Если фиксируется такая квалификация, речь идет опять же о сделке. Однако

такое соглашение может быть заблокировано между коммерсантами при наличии признаков дарения (ст. 575 ГК РФ), и тогда должнику, решившему в суде оспаривать размер заявленного кредитором иска об убытках, несмотря на свое более раннее согласие с их размером, противопоставить сделочный эффект такого признания с догматической точки зрения затруднительно. Соответственно, напрашивается сугубо доказательственный эффект: данное соглашение будет являться весомым доказательством размера убытков, достаточным для выполнения бремени доказывания, но должник будет не лишен возможности оспаривать этот размер, представляя те или иные доказательства (например, заключение эксперта). Как мы видим, и здесь ни о каком эстоппеле речь не идет, и мы выбираем между сделочным и сугубо доказательственным эффектами.

Но в ряде случаев, когда стороны в соглашении признают те или иные факты, можно обнаружить основания для применения эстоппеля в целях блокирования попытки отрицать соответствующие признанные ранее в соглашении факты.

Здесь, в частности, мыслимы две ситуации.

Первая: если констатированные в соглашении факты исходят от одной из сторон, и данная сторона умышленно или по неосторожности лжет, а другая сторона полагается на данные обстоятельства, есть основания применять эстоппель, когда доверившаяся сторона адаптировала свое поведение, и последующая попытка обманувшей стороны недобросовестно отрицать в суде зафиксированные в соглашении факты приведет к явной несправедливости. Здесь применимы те выводы, которые были сделаны в отношении эстоппеля в силу утверждения о факте. По сути, оформление неких утверждений в соглашении ничего принципиально не меняет.

Вторая: если стороны в соглашении признают факт, в отношении которого имеется неопределенность, и каждая сторона имеет определенные основания верить в свою версию и настаивать на ней (нет признаков обмана), но они приходят к общему пониманию фактического состояния дел, то соглашение по фактам может иметь казуу устранения спора посредством нахождения компромисса и взаимопонимания. В такой ситуации не всегда можно обнаружить сделку в ее классическом гражданско-правовом значении (т.е. волеизъявление, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей), так как воля направлена на констатацию фактов и порождает ожидания в отношении того, что в дальнейшем в суде эти факты оспариваться не будут. Но и придание такому соглашению сугубо доказательственного значения тоже может быть в ряде



случаев не вполне справедливым. Ведь сугубо доказательственный эффект будет означать, что сторона, подписавшая такое соглашение, впоследствии в суде может оспаривать данный факт и приводить соответствующие доказательства, опровергающие признанный факт, с теми или иными шансами на успех. Если другая сторона в ответ на соответствующее признание фактических обстоятельств пошла на какие-либо уступки материально-правового характера (т.е. имеется некое встречное предоставление), подобное противоречивое поведение первой стороны может породить очевидную несправедливость. Теоретически исправить такую ситуацию может эстоппель, блокирующий попытку первой стороны отрицать признанные факты в суде. То же и в тех случаях, когда одна из сторон положила на соответствующее согласованное сторонами фактическое состояние дел настолько, что отрицание этого состояния в суде приведет к явной несправедливости в виде ущерба. В английском праве в такого рода случаях применяется доктрина эстоппеля в силу соглашения (*estoppel by convention*).

Например, представим, что у сторон договора подряда после выполнения части работ возникает конфликт, основанный на претензиях заказчика в отношении темпов выполнения работ и объема уже выполненных работ и встречных претензиях подрядчика в отношении качества представленной ему заказчиком технической документации, и стороны после переговоров достигают соглашения об урегулировании спора и досрочном расторжении договора без права сторон требовать друг от друга возмещения убытков, в котором признают, что работы к моменту расторжения выполнены на 70%, а неотработанный аванс, превышающий 70% цены договора, подлежит возврату. Впоследствии, после оформления расторжения и получения согласованной суммы неотработанного аванса, заказчик требует вернуть более значительную часть уплаченного аванса, заявляя, что работы выполнены не на 70, а лишь на 60%. Как представляется, если не будут приведены доказательства того, что заказчик, соглашаясь на признание выполненными 70% работ, действовал под влиянием обмана, следует блокировать его попытки противоречить своим отраженным в соглашении предыдущим заявлениям в отношении объема выполненных работ как минимум тогда, когда есть основания предполагать, что подрядчик не пошел бы на расторжение договора или был бы готов согласиться на расторжение на иных условиях при отсутствии согласия заказчика с тем, что работы выполнены на 70%. Поведение заказчика, который вначале изобразил согласие со спорным фактом, дабы добиться согласия подрядчика с досрочным расторжением договора без выплаты подрядчику убытков по ст. 717 ГК РФ, а затем в суде отзывает свое согласие и пытается

доказать иное, недобросовестно и должно блокироваться независимо от того, каков в реальности объем выполненных работ.

Другой пример: пострадавший в результате аварии предъявляет предполагаемому виновнику аварии свои претензии о возмещении материального ущерба. После проведения переговоров стороны договариваются о том, что предполагаемый причинитель вреда признает те или иные факты, сопровождавшие аварию. Впоследствии в суде при взыскании с него вреда он отрицает соответствующие признанные факты. Как представляется, в такой ситуации соглашение об обстоятельствах аварии должно носить сугубо доказательственное значение: наличия подобного соглашения достаточно, чтобы бремя доказывания спорных фактов истца считалось выполненным, но ответчик не лишен права опровергать признанные им ранее факты, представляя те или иные доказательства (например, записи видеорегистратора). В то же время представим, что в описанной ситуации в соглашении признание предполагаемым причинителем вреда обстоятельств аварии было увязано с согласием пострадавшего с ограничением предела ответственности причинителя лишь определенной суммой (на случай, если суд признает данные обстоятельства указывающими на вину, и убытки будут доказаны). В такой ситуации налицо встречное предоставление. По сути, мы имеем сделку, опосредующую взаимные уступки. Тот факт, что уступка со стороны причинителя вреда состояла в признании тех или иных фактов и не может рассматриваться как обычная гражданско-правовая сделка (так как не направлена на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей), не должен являться основанием для легализации очевидно недобросовестной попытки причинителя вреда, добившегося уступки сугубо материально-правового значения (ограничения ответственности), впоследствии ссылаться на сугубо доказательственную природу своей собственной уступки и пытаться доказывать иные обстоятельства аварии.

В подобных ситуациях можно говорить о процессуальном эффекте эстоппеля в силу соглашения по фактам спора. В итоге выбор между а) сделкой материально-правовой направленности, б) соглашением по фактам или признанием фактов с сугубо доказательственным эффектом и в) эстоппелем, блокирующим отрицание таких фактов в суде, зависит от толкования заявлений и целого ряда дополнительных обстоятельств. Если есть основания увидеть в соответствующем волеизъявлении сделку, воздействующую на материальное правоотношение (например, прощение долга), следует толковать соответствующее волеизъявление именно таким образом. Если о материально-правовом эффекте говорить не приходится, подобные заявления или соглашения,

констатирующие фактические обстоятельства, должны по умолчанию восприниматься как носящие лишь доказательственное значение и не исключающие для сторон возможность в суде убедительными доказательствами опровергнуть то, что они ранее сами признавали. Но если будут налицо условие возникновения обоснованного доверия и факторы, свидетельствующие о явной несправедливости противоречивого поведения (в первую очередь возникновение у положившейся на признание фактов стороны ущерба), в отдельных случаях мыслимо применение эстоппеля с эффектом жесткого блокирования возможности апелляции к истинному состоянию фактических обстоятельств в суде. Впрочем, следует признать, что все эти вопросы требуют более серьезного анализа и обсуждения.

*(л) Эстоппель и представительство в силу обстановки*

Эстоппель является субсидиарным средством и по отношению к представительству. Если представительство основано на законе или на выдаче доверенности, сходств с применением эстоппеля практически нет. Но в ситуации применения доктрины полномочия в силу обстановки обнаруживается определенное сходство. Ведь в силу данной доктрины признается совершенной от имени представляемого сделка, которую совершило от его имени лицо, которое с формальной точки зрения не является представителем и совершать данную сделку не уполномочено, но а) сделка совершалась в обстоятельствах, когда сам контрагент имел разумные основания поверить в то, что он имеет дело с представителем, и б) это доверие было спровоцировано поведением самого представляемого (в том числе его бездействием). Например, если от имени покупателя заявки регулярно подписывал тот или иной сотрудник покупателя и отгрузки, совершаемые в ответ на такие заявки, покупатель принимал и тем самым своим поведением создал у поставщика уверенность в том, что данный сотрудник уполномочен на оформление таких заявок, то впоследствии попытка покупателя отказаться принимать очередную заказанную этим же сотрудником отгрузку со ссылкой на отсутствие у данного сотрудника формальных полномочий будет блокироваться через правило о полномочиях в силу обстановки (п. 1 ст. 182 ГК РФ). Но если бы такая норма в ГК РФ отсутствовала, похожий результат мог бы быть достигнут за счет применения эстоппеля. В ряде стран (например, в Англии) полномочия в силу эстоппеля (*authority by estoppel*) — это реально существующая доктрина.

Стоит заметить, что и в российской судебной практике имеются примеры, в которых суд обосновывает решение ссылкой одновременно и на эстоппель, и на полномочия в силу обстановки. Например,

ВАС РФ указывал на утрату дочерним обществом права ссылаться на отсутствие у менеджера головной компании полномочий выступать от имени дочернего общества, если своим бездействием дочерняя компания дала третьим лицам основания полагаться на наличие у соответствующего менеджера головной компании полномочий (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 1332/14). С учетом того, что в ГК РФ полномочия в силу обстановки прямо указаны, ссылка на эстоппель, пожалуй, избыточна.

*(м) Подтверждение оспоримых сделок и сделок, совершенных неуполномоченным лицом*

В отечественной доктрине и судебной практике в качестве частного случая эстоппеля иногда называют абзац четвертый п. 2 ст. 166 ГК РФ, в соответствии с которым сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли. Естественно, право на оспаривание блокируется только тогда, когда на момент прямого или конклюдентного проявления воли на сохранение сделки лицо, управомоченное на оспаривание, а) уже знало или должно было знать о пороке сделки и б) было свободно в выражении своей воли на подтверждение оспоримой сделки (например, в случае с таким пороком, как совершение сделки под влиянием угроз, соответствующее давление на волю сторон исчезло).

В некоторых иностранных правовых порядках (например, в Германии) подтверждение оспоримой сделки само считается сделкой, а не проявлением принципа добросовестности или эстоппеля. Подтверждение оспоримой сделки можно представить как сделку по отказу от права на оспаривание сделки. В пользу сделочной квалификации абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ говорит его текст, который указывает, что из подтверждающего сделку поведения должна «явствовать воля». Если всерьез относиться к принципу субсидиарности эстоппеля, здесь нет оснований для его применения, а защита доверия обеспечивается признанием сделочной, формальной связанности лица, управомоченного на оспаривание в силу закона.

Сделочная квалификация подтверждения оспоримой сделки имеет преимущество в том, что здесь отсутствует необходимость в построении многофакторной системы, поиске доверия контрагента, наличии ущерба для него и констатации несправедливости обратного результата. Достаточно лишь того, что в поведении управомоченного на оспаривание лица (например, пользование переданной по оспоримой сделке вещью после того, как лицо узнает о праве на оспаривание сделки) среднее разумное лицо усмотрело бы волю отказаться от пра-

ва оспаривать сделку. При сделочной квалификации мы пользуемся традиционными инструментами вроде толкования волеизъявления, а не отправляемся на поиски справедливости. Кроме того, решаются вопросы с тем, кто может подтверждать оспоримую сделку: это может сделать лишь уполномоченное на совершение сделки лицо.

Как представляется, природа подтверждения оспоримой сделки совпадает с природой одобрения сделки, совершенной неуполномоченным лицом (ст. 183 ГК РФ). Сделочная природа одобрения такой сделки обычно не ставится под сомнение.

В то же время в ряде случаев правило абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ может не сработать, а справедливость потребует заблокировать непоследовательное поведение. Представим, например, что сын активно помогал престарелому родителю найти покупателя на квартиру и заключить сделку по ее продаже, а после заключения сделки и последовавшей после этого смерти родителя тот же сын, ставший наследником в отношении данной квартиры, не желая исполнять обязательство по этой сделке и передавать квартиру покупателю, подает иск об оспаривании этой сделки, ссылаясь на то, что родитель в момент совершения сделки в силу возраста и состояния здоровья не мог понимать значение своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ). Вряд ли в поведении сына в период подготовки договора можно усмотреть некую сделку отказа от права на оспаривание на случай будущей смерти родителя, но его поведение укрепляло доверие покупателя в факте вменяемости продавца, и подрыв этого доверия последующей подачей иска об оспаривании договора является явно недобросовестным и непоследовательным. Как минимум если сам покупатель был в момент заключения договора субъективно добросовестным, иск может быть отклонен на основании эстоппеля.

Особая ситуация возникает в случае с оспариванием сделки на основании п. 2 ст. 174 ГК РФ. Допустим, директор общества с ограниченной ответственностью заключает от имени общества сделку по сдаче одного из объектов недвижимости общества в безвозмездное пользование благотворительному фонду, и впоследствии один из двух участников общества предъявляет иск о признании данной сделки недействительной по правилам п. 2 ст. 174 ГК РФ со ссылкой на то, что сделка носит явно убыточный характер, невыгодна обществу, имеющему сугубо коммерческие цели своей деятельности, а фонд при заключении договора должен был это понимать. Представим также, что данная сделка была предварительно или после ее заключения одобрена всеми двумя участниками общества. Блокируют ли такое корпоративное одобрение и выраженное согласие подавшего иск участника с совершением этой

сделки возможность оспаривания этим же участником данной сделки? Пункт 93 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, казалось бы, отвечает на этот вопрос отрицательно: наличие корпоративного одобрения сделки согласно процедуре одобрения крупной сделки само по себе не блокирует оспаривание сделки по п. 2 ст. 174 ГК РФ. Но вполне очевидно, что данное разъяснение должно толковаться ограничительно. Оно направлено на то, чтобы не заблокировать право миноритариев, голосовавших против одобрения, оспорить объективно явно убыточную сделку или сделку, заключенную в результате сговора. Но если сделку одобрили все участники общества, попытка одного из них впоследствии предъявить иск об оспаривании этой сделки должна блокироваться. Есть несколько возможных обоснований такого решения. Чисто формально увидеть здесь преломление доктрины подтверждения оспариваемой сделки по абзацу четвертому п. 2 ст. 166 ГК РФ может быть затруднительно, так как согласно этому правилу подтверждение должно исходить от стороны, имеющей право на оспаривание. В случае же оспаривания сделки участником материальным истцом является само общество, а участник действует лишь как представитель (п. 1 ст. 65.1 ГК РФ). Кроме того, выражая волю на одобрение сделки, участник не совершал сделку подтверждения оспариваемой сделки от имени самого общества, а выражал вове лишь свою собственную волю. Соответственно, в таком одобрении можно увидеть либо отказ участника от права на оспаривание сделки от имени общества, либо основание для применения правила эстоппель. Первый вариант решения кажется более логичным.

*(н) Эстоппель в вещном праве*

Эстоппель может применяться принципиально во всех сферах частного права. В частном праве он может применяться не только в обязательственном праве, но и, например, в праве интеллектуальной собственности или вещном праве.

Некоторые примеры на стыке действия доктрины эстоппель и института отказа от права собственности уже приводились выше. Здесь увеличим число примеров. Так, возможное практическое значение эстоппель может получить в спорах о самовольных постройках. Можно привести такой пример из практики: самовольная постройка (детская поликлиника) была осуществлена в отсутствие формального разрешения на строительство, но в условиях одобрительного поведения истца условия отсутствия нарушения публичного интереса в иске о сносе самовольной постройки может быть, по мнению ВС РФ, отказано (Определение СКЭС ВС РФ от 10 марта 2016 г. № 308-ЭС15-15458).

Можно обсуждать применимость эстоппеля и в тех случаях, когда иск о сносе предъявляется к субъективно добросовестному владельцу самовольной постройки, которая была возведена с теми или иными нарушениями задолго до ее приобретения ответчиком, и все эти годы публичное образование, органы которого предъявили иск о сносе, и государство в целом своими действиями в период до неожиданной подачи иска о сносе укрепляли доверие ответчика к тому, что данный объект вполне легален (например, регистрировало право собственности и цепочку переходов этого права, определяло кадастровую стоимость и взимало налоги, согласовывало перепланировки и реконструкцию и т.п.). Впрочем, здесь следует проявлять большую осторожность и учитывать множество различных факторов (в первую очередь исключается применение эстоппеля в ситуации, когда сохранение постройки создает угрозу жизни и здоровью граждан).

Наиболее очевидная ситуация с самовольной постройкой, где эстоппель мог бы применяться (строительство на земле с ограничениями использования, о которых застройщик не знал и не мог знать), сейчас, после реформы 2018 г., прямо разрешается за счет новой редакции п. 1 ст. 222 ГК РФ (такая постройка при субъективной добросовестности застройщика не признается самовольной). Но до этого можно было бы обсуждать применение эстоппеля в случаях, когда застройщик не знал и не мог знать, что возводит здание на земельном участке, на котором в силу ограничений, не указанных в ЕГРН и не очевидных в силу иных источников, нельзя возводить такое строение, государство же, которое эти ограничения и устанавливало, выдавало разрешение на строительство и (или) осуществляло приемку строения в эксплуатацию, регистрировало право собственности, взимало налоги и иным образом укрепляло доверие субъективно добросовестного застройщика к легальности постройки, а затем вдруг выявляло скрытое нарушение (например, что участок относится к лесному фонду, где возможности строительства ограничены) и подавало требование о сносе.

Другой пример, который мог бы быть актуальным и сейчас: дачный дом был построен в 1990-е гг. с небольшим заходом за границу земельного участка соседа (но в пределах видимых границ участка застройщика, обозначенных забором, который в реальности проходил не в соответствии с кадастровыми границами участка). На протяжении многих лет сосед не высказывал по этому поводу никаких возражений и вообще, видимо, считал «реальной» границей своего участка ту, по которой проходит забор. Предположим, что в дальнейшем спорный дом был продан субъективно добросовестному дачнику, который уж

точно не знал и не мог знать о нарушении кадастровых границ участка соседа, осуществил реконструкцию дома и даже согласовывал те или иные аспекты этой реконструкции с соседом. Далее кульминация: сосед неожиданно подает иск о сносе со ссылкой на то, что построенный дом нарушает границу между участками. Ответчик готов платить за сервитут или аренду этого небольшого отрезка земли, но возражает против удовлетворения иска о сносе, ссылаясь на злоупотребление правом со стороны истца. Согласно § 912 ГГУ если собственник земельного участка при возведении сооружения без умысла или грубой неосторожности с его стороны нарушил границу смежного участка своей постройкой, то сосед обязан смириться с таким нарушением, если он до возведения строения или сразу после этого не заявлял о своих возражениях. В качестве возмещения соседу подлежит уплате денежная компенсация. Нет ли оснований для выведения похожего правила и в контексте российского права?

Однако важно иметь в виду, что для применения в российском праве в подобной ситуации эстоппеля необходимо установление того, что сосед знал или не мог не знать о строительстве здания. Если постройка была возведена, но сосед (тоже дачник) понятия о ней не имел, так как проживал в этот период в другом месте, вряд ли ему справедливо вменять в вину формирование доверия своей пассивностью. Сомнительно, что в примере, подобном вышеописанному, достаточным для констатации вменимости возникновения доверия будет то, что сосед длительное время не проверял свой земельный участок. Могут заявить, что, когда потерпевший собственник долго не проводит свою недвижимость, он нарушает обязанность заботиться о своих вещах, вытекающую из ст. 210 ГК РФ, и если бы он эту обязанность соблюдал и вовремя пресек строительство нарушителя, то тот бы не произвел бесполезных затрат. Такая логика может быть поставлена под сомнение: ее полное проведение привело бы к тому, что собственник должен был бы через определенные промежутки времени дежурно проводить свои «владения» на случай, если вдруг кто-то соберется строить в нарушение границ его собственности. Вряд ли этот подход является справедливым, учитывая, что таких объектов недвижимости у лица может быть множество.

Другое дело, если сосед знал о строительстве и факте нарушения его границ, которые ему (в отличие от застройщика, полагавшегося на линию забора) были известны, но долгое время не возражал против строительства, например, считая кадастровые границы несущественными бумажными вопросами и рассматривая в качестве «настоящей» границы участков линию забора. В этом случае возможность примене-



ния эстоппеля и блокирования неожиданного иска о сносе по доброй совести однозначно может обсуждаться.

Более спорная ситуация возникает тогда, когда сосед знал о строительстве, не возражал против него, но сам находился в неведении относительно точных координат границы между участками. Здесь вопрос менее очевиден, так как вменить формирование доверия в вину соседа сложно, если он не знал и не должен был знать о нарушении своего права и поэтому не осознавал и не должен был осознавать, что своим пассивным или даже прямо одобрительным поведением легализует нарушение своего права.

Эстоппель актуален тогда, когда возникновение доверия нарушителя вменяется другой стороне в вину. Если сосед видел или, будь он осторожен, должен был видеть нарушение застройщика, полагающего свое строительство правомерным, и не упреждал его о нарушении, то последующее негативное требование застройщика может быть квалифицировано как недобросовестное и противоречивое. Однако если истец наблюдал строительство, не возражал против него, но при этом сам не знал о том, что здание пересекает кадастровую границу его участка, то вопрос менее очевиден.

В этом плане стоит отметить, что § 912 ГГУ не предполагает, что потерпевший собственник знал или должен был знать о факте нарушения, и поэтому не рассматривается как частный случай эстоппеля. Указанный параграф представляет собой законодательное ограничение права собственности и направлен на сохранение экономической ценности здания, построенного лицом, действующим неумышленно и без грубой неосторожности (т.е. представляет собой некоторый общественный консенсус в отсутствие серьезной вины нарушителя).

В то же время § 418 Австрийского гражданского уложения, в отличие от немецкого § 912 ГГУ, указывает, что для потери права на требование о сносе потерпевший собственник должен был знать о происходящем нарушении своего права собственности. Похожее правило содержится и в ст. 674 ГК Швейцарии. В целом вопрос заслуживает серьезного анализа.

Теоретическая применимость эстоппеля к спорам о сносе самовольных построек в иных ситуациях требует также серьезного обсуждения. Перспективной видится дифференциация подхода к применению эстоппеля в спорах о сносе самовольной постройки в зависимости от характера нарушения (нарушение частного или публичного права) и выраженности нарушаемого самовольной постройкой интереса (интерес лица, которое действовало противоречиво, публичные интересы или интересы третьих лиц и их интенсивность). В целом,

как представляется, в некоторых редких случаях, когда налицо явное злоупотребление и несправедливость, эстоппель по такого рода спорам может применяться.

Следует также иметь в виду и альтернативный способ защиты разумного доверия застройщика — взыскание убытков с того лица, которое своими заявлениями или поведением сформировало доверие законности постройки. Например, если лицо по ошибке в нарушение Воздушного кодекса РФ построило вблизи аэропорта автомойку, которая не могла располагаться на этой территории, полагаясь на заявления уполномоченных органов о правомерности таких действий, то оно, согласно позиции ВАС РФ, может потребовать возмещения убытков от этих органов в связи со сносом самовольной постройки (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1034/09). Иначе говоря, в этом случае доверие может быть защищено через деликтное право, и привлечение эстоппеля здесь вряд ли уместно с учетом того, что речь идет о соображениях безопасности полетов.

Еще один возможный пример применения эстоппеля в вещном праве — блокирование виндикационного иска. Представим ситуацию, когда недвижимость выбыла из владения собственника без его воли, несколько раз перепродавалась и в конце концов была предложена некоему покупателю, который, проверив цепочку сделок, решил запросить у изначального собственника, действительно ли он ее продавал. Собственник в ответ на запрос отвечает, что с юридическими аспектами все в порядке, вещь отличная и советует ее приобрести, что покупатель и делает, а затем неожиданно сталкивается с виндикационным иском того же изначального собственника, который в иске утверждает, что квартира на самом деле была у него мошенническим образом похищена. При выбытии помимо воли субъективная добросовестность приобретателя формально не защищает (ст. 302 ГК РФ), но ссылка на выбытие помимо воли после того, как собственник подтверждал потенциальному покупателю обратное, представляет собой очевидную недобросовестность (эстоппель в силу утверждения о факте).

Та же аргументация может быть применима и к иным ситуациям, когда собственник, из чьего владения вещь выбыла помимо воли, своим поведением укрепляет доверие приобретателя в отношении чистоты титула. Например, этот фактор может иметь значение по делам о виндикации имущества по иску публичного собственника, который долгое время до неожиданной подачи такого иска формировал доверие к факту законности цепочки сделок по отчуждению объекта недвижимости за счет регистрации перехода права, определения кадастровой стоимости и взимания налогов, выдачи разрешения на строительство

и т.п. В известном Постановлении КС РФ от 22 июня 2017 г. № 16-П (так называемое дело Дубовца) по поводу ситуации, когда публичное образование, подтверждавшее долгое время законность цепочки сделок по переоформлению права собственности на недвижимость при регистрации перехода прав, затем «вспоминает», что имущество на самом деле принадлежит ему и перешло в его собственность в свое время на правах выморочного, и пытается виндигировать его у добросовестных приобретателей, эта идея подрыва разумных ожиданий (наряду с некоторыми другими, не менее важными аргументами) достаточно недвусмысленно звучит.

Также ссылка на эстоппель может звучать и тогда, когда вещь выбыла из владения собственника по его воле и виндигируется им у лица, которое приобрело вещь от неуправомоченного отчуждателя безвозмездно или еще не расплатилось за нее при приобретении (например, установлена рассрочка платежей): формально согласно ст. 302 ГК РФ собственник вправе виндигировать вещь у такого безвозмездного приобретателя, даже если вещь выбыла из владения собственника по его воле, но наличие фактора активного или пассивного поведения собственника, направленного на укрепление доверия к законности выбытия имущества, может скорректировать результат виндикационного спора с учетом запрета на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ) и вытекающего из него эстоппеля.

*(о) Эстоппель в процессуальном праве и иных публичных областях права*

Активно применяется эстоппель судами и в процессуальном праве. О не вполне корректном примере с его использованием для целей блокирования ссылок на наличие соглашения о подсудности при обоюдном вступлении сторон в спор в суде, в который иск подан по территориальной подсудности, уже упоминалось (см. подп. «ж» п. 1.7 комментария к настоящей статье). Но есть и иные примеры: определения СКЭС ВС РФ от 13 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-14024 (утрата права возражать против подведомственности дела арбитражному суду, если лицо своевременно об этом не заявило), от 24 февраля 2015 г. № 304-ЭС14-495 (утрата права оспаривать решение третейского суда по причине его аффилированности с оппонентом в случае, если об этом сторона не заявляла в ходе рассмотрения дела в третейском суде), от 9 октября 2014 г. № 303-ЭС14-31 (утрата права на возражение о ненадлежащем ответчике, если такое возражение не было заявлено при первом рассмотрении дела). Вопрос о том, насколько в этих примерах и в процессуальном праве в целом уместно применение эстоппеля, заслуживает отдельного обсуждения.

Нередко процессуальный эстоппель применяется в ситуации, когда одно лицо в суде заявляет о каких-то фактах либо признает или не оспаривает те или иные факты, на которые ссылается оппонент, а затем вдруг меняет свою позицию по фактам спора на противоположную во вред оппоненту. Уместность применения в этих случаях эстоппеля требует отдельного обсуждения, так как к частному праву это прямого отношения не имеет. Но в целом имеются определенные сомнения. Суды здесь блокируют непоследовательность, не анализируя вопрос о том, успело ли сформироваться у другой стороны некое разумное доверие. Может показаться, что суды реагируют на саму непоследовательность и противоречивость процессуального поведения. А это первый признак того, что речь идет не совсем об эстоппеле в его цивилистическом смысле, а о каком-то связывающем процессуальном соглашении, просто правильном понимании стандарта доказывания или некой специфической процессуальной доктрине (в конечном счете процессуальная недобросовестность отнюдь не должна дублировать все элементы близких материальных доктрин).

Например, подрядчик предъявил требование о взыскании с заказчика долга за выполненные работы, заказчик же в свою очередь предъявил встречный иск о взыскании с подрядчика неустойки за ненадлежащее качество выполненных работ, а когда на первом слушании в суде прозвучал аргумент подрядчика о том, что заказчик пропустил укороченный срок давности по данному встречному требованию о взыскании штрафа (п. 1 ст. 725 ГК РФ) и ответчик понял, что прогадал, он вдруг прямо на заседании меняет свою позицию и просит отказать в иске со ссылкой на то, что никакие работы вообще не выполнялись. Очевидно, что поведение ответчика недобросовестно, но нужен ли эстоппель, чтобы обосновать защиту истца от такого поведения?

Во-первых, в ряде случаев блокирующий эффект может быть достигнут за счет импликации соглашения сторон по фактам спора или признания одной из сторон фактов, на которые ссылается оппонент. Согласно ч. 2 и 3 ст. 70 АПК РФ такое соглашение или признание должно быть прямо выражено в письменном виде и отражено в протоколе судебного заседания. В данном конкретном примере, допустим, такое эксплицитное соглашение сторон отсутствует.

Во-вторых, даже если никакое соглашение по фактам не было оформлено, достаточно очевидно, что суд может принять первые заявления стороны по делу в качестве доказательств тех или иных фактов, которые должен доказать истец. И то, что эта сторона впоследствии пытается дезавуировать свои слова или письменные заявления, никак не лишает их доказательственной силы.

В-третьих, согласно ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ «[о]бстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований». Здесь вопрос куда интереснее. Прямого и надлежащим образом оформленного соглашения по фактам нет, и никакие заявления, которые могли бы расцениваться как доказательства, сторона не делает — она просто не оспаривает факты, на которые ссылается оппонент. Теоретически последнюю норму, которая, кстати, применяется арбитражными судами крайне осторожно, можно признать реализацией правила своеобразного процессуального эстоппеля. Но для того, чтобы эта норма понималась как аналог частноправового эстоппеля, необходим учет возникновения разумного доверия и явной несправедливости его подрыва.

Впрочем, все эти вопросы требуют анализа в рамках доктрины процессуального права, вторгаться в которую и предрешать выводы относительно которой в рамках настоящего комментария нет никаких оснований. Заметим лишь, что в Германии, например, запрет на процессуальную непоследовательность в рамках процессуального права не рассматривают как частный случай цивилистической доктрины *venire contra factum proprium*.

В некоторых зарубежных право порядках эстоппель применяется и в отношении требований публично-правового характера, в частности, в сферах административного и налогового права. В российской судебной практике примеры использования эстоппеля по налоговым спорам (правда, без упоминания данного термина) также встречаются (см. Определение СКЭС ВС РФ от 2 июля 2019 г. № 310-ЭС19-1705). Но перспективы и условия применения эстоппеля в публичном праве требуют дополнительного исследования, как и общее применение доктрины злоупотребления правом в публичном праве.

*(n) Эстоппель без доверия: возможно ли это?*

Как было показано выше, доктрина эстоппеля защищает доверие и разумные ожидания от непоследовательного и противоречивого поведения той стороны, которая ранее сама это доверие и ожидания спровоцировала. Также отмечалось, что сама непоследовательность не карается, если она не подрывает доверие. Но иногда налицо явная непоследовательность и явная несправедливость, которая ее сопровождает, но о подрыве доверия говорить не приходится. Как представляется, в таких случаях неверно применять эстоппель. Но доктрина злоупотребления правом не сводится к нему. Иногда непо-

следовательное поведение может быть признано злоупотреблением правом как таковое. Так, интересный вопрос возникает в тех случаях, когда поведение лица достаточно недвусмысленно свидетельствует о конклюдентном сделочном волеизъявлении или таково, что оно, хотя и не являясь сделкой, может, казалось бы, давать основания для возникновения доверия и защиты последнего посредством эстоппеля, но при этом лицо прямо декларирует свою волю, противоречащую тому впечатлению, которое данное поведение создает, и тем самым пытается заблокировать возникновение соответствующих ожиданий и доверия.

Представим, например, что договор купли-продажи автомобиля является оспоримым, и обладатель права на оспаривание пользуется автомобилем и совершает иные действия, свидетельствующие о подтверждении оспоримой сделки, но при этом регулярно предупреждает контрагента, чтобы тот «ни на что не полагался», так как он вполне может оспорить договор в пределах срока давности. Или вот такая иллюстрация: у арендодателя возникло право на отказ от договора аренды в связи с не носящим длящийся характер нарушением договора арендатором, но он не спешит с его реализацией и продолжает пускать арендатора в арендованное помещение в течение более двух лет, периодически заявляя арендатору, чтобы тот не расслаблялся и не формировал каких-либо ожиданий по поводу неиспользования арендодателем созревшего права на отказ от договора в ответ на это состоявшееся нарушение в будущем.

Ну и напоследок такая известная многим зарубежным учебникам ситуация: автомобилист паркует автомобиль на платной парковке, видя условия парковки при въезде, но заявляет сотруднику парковки, что его действия не следует рассматривать как конклюдентный акцепт оферты и согласие на заключение соответствующего договора.

В описанных примерах слова расходятся с делом. Что имеет приоритет? Допустим, что, если бы не эти слова, имелись бы все основания говорить о конклюдентном совершении сделки или формировании условий для применения эстоппеля в силу возникновения разумного доверия и необходимости его защиты. Насколько принципиально меняют картину произнесенные слова, направленные на предотвращение возникновения представлений о сделочном характере поведения или доверия? Как представляется, проявленная явно воля не может игнорироваться, но в некоторых вопиющих случаях, когда налицо неразрешимое внутреннее противоречие между словами и делом, суд может констатировать злоупотребление правом и защитить доверие другой стороны в силу принципа *protestatio facto contraria non valet*,

согласно которому прямое заявление противоречащее воле лице, недвусмысленно обнаружившейся фактически, может игнорироваться.

Принцип *protestatio facto contraria* ряд зарубежных авторов считают выражением запрета противоречивого поведения с той особенностью, что доверие здесь иррелевантно. В вышеуказанном примере с парковкой действия автомобилиста (размещение машины на платной парковке) явно противоречат словам (нежелание заключить договор). Должен ли здесь применяться институт неосновательного обогащения, или следует использовать принцип *protestatio facto contraria*, по которому заявление служащему парковки не будет иметь значения? При *protestatio facto contraria* будет считаться, что владелец машины, несмотря на свои слова об обратном, заключил конклюдентным образом договор и заплатить за парковку – его договорная обязанность. Все же в подобных ситуациях применение принципа *protestatio facto contraria* кажется более логичным.

С учетом того, что для *protestatio facto contraria* доверие иррелевантно, разумнее будет видеть здесь не проявление эстоппеля, а иной случай применения ст. 10 ГК РФ, т.е. другой тип злоупотребления правом.

(р) *Диспозитивность*

Неоднозначным является вопрос о возможности в договорном порядке исключить применение эстоппеля к отношениям сторон. Эстоппель является частным выражением принципа добросовестности, применение которого не зависит от воли сторон. Однако, если придерживаться позиции, что неотъемлемым условием для применения эстоппеля является то, что другая сторона имела разумные основания сформировать доверие, договорное условие об исключении применения эстоппеля может препятствовать возникновению разумного доверия. Данное условие при таком прочтении не является недопустимым договорным исключением принципа добросовестности, а лишь акцентирует внимание сторон на том, чтобы они не полагались на не являющееся сделочным волеизъявлением поведение друг друга или хотя бы уточняли у контрагента его точные намерения.

Но возможен и иной подход. Эстоппель как частный случай применения запрета на злоупотребление правом защищает все-таки обоснованное доверие, но там, где у другого лица слова расходятся с делом, далеко не всегда необоснованным будет возникновение у другой стороны доверия к делам, а не словам. Об этом уже шла речь выше (см. подп. «п» п. 1.7 комментария к настоящей статье о правиле *protestatio facto contraria*). Но там говорилось о словах, которые провозглашаются одновременно с противоречащим им поведением. Тем более доверие к делам может быть обоснованным тогда, когда соответствующие

противоречащие делам слова произносились намного ранее, в тексте договора. Эта интерпретация кажется уместной. Поэтому логично исходить из того, что наличие подобного условия в договоре должно снижать вероятность признания обоснованности формирования защищаемого правом доверия, но не исключать его вовсе. В вопиющих ситуациях, когда очевидно, что недобросовестное лицо пытается сослаться на такое условие договора, дабы обосновать свое откровенно противоречивое поведение, суд может применить п. 1 ст. 10 ГК РФ. В конечном счете добросовестность и злоупотребление правом — это доктрины, которые по своей сути предназначены для опрокидывания формальных аргументов. Спорно лишь объяснение этого феномена применением правила эстоппель.

*(с) Последствия применения эстоппеля*

Не до конца изученным, в том числе в иностранной доктрине, остается вопрос о последствиях применения эстоппеля. По общему правилу запрет противоречивого поведения предполагает невозможность отказаться от своего предшествующего поведения или заявлений, т.е. разрушить возникшее доверие другой стороны. Другая сторона при этом получает удовлетворение своего позитивного интереса — как если бы ее доверие соответствовало фактической и правовой действительности. Например, если лицо своим поведением подтверждает намерение исполнять недействительную ввиду порока формы сделку и вызывает соответствующее доверие у контрагента, то применение эстоппеля влечет за собой *de facto* конвалидацию недействительной сделки. При этом доверившейся стороне не просто компенсируется ее негативный интерес в размере причиняемого противоречивым поведением ущерба, который может выражаться в приготовлениях к исполнению, отказу от заключения договора с иным лицом и т.д., — доверившаяся сторона получает удовлетворение позитивного интереса: она полагалась на действительность сделки, и недействительная сделка фактически признается действительной.

Вместе с тем удовлетворение через эстоппель позитивного интереса доверившегося лица не является аксиоматичным. Если мы через эстоппель стремимся не допустить несправедливого подрыва доверия другой стороны, то не достаточно ли для достижения справедливого результата лишь компенсировать другой стороне тот дополнительный ущерб, который она понесла в связи с противоречивым поведением недобросовестного лица? Например, если стороны приступили к исполнению незаключенного договора и последующее исполнение не устраняет неясность в отношении существенного по закону условия, которое при этом не характеризует договорный тип, то возможной



альтернативой признанию договора заключенным и конструированию отсутствующего условия судом может быть возмещение убытков по модели защиты негативного интереса лицом, которое ссылается на незаключенность (разумеется, при условии, что эстоппель здесь вообще применим).

При этом спорность последствий применения эстоппеля не ограничивается дихотомией позитивного и негативного интересов. При применении принципа добросовестности суд может присудить и иной результат, который приведет к достижению справедливости. Например, если констатируется ничтожность договора аренды, который исполнялся сторонами в течение долгого времени и который они считали действительным, то вместо признания договора действительным арендатору может быть дана отсрочка выселения (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 29 марта 2012 г. № 13387/11).

В целом общим правилом для эстоппеля можно считать удовлетворение позитивного интереса доверившегося лица и блокирование возможности недобросовестного лица ссылаться на свое формальное право или иную формальную правовую позицию. Однако в ряде случаев и с учетом конкретных обстоятельств справедливость может быть достигнута и через менее обременительные для недобросовестного лица последствия. Данный вопрос требует дальнейшей проработки

***1.8. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление вторичного права на изменение или определение условий договора, а также отказ от договора***

Согласно п. 4 ст. 450 ГК РФ в тех случаях, когда в силу закона или договора одна из сторон имеет право на одностороннее изменение условий договора, она должна осуществлять это право разумно и добросовестно. Иначе говоря, злоупотребление правом на одностороннее изменение условий договора запрещено. Это требование в полной мере вытекает из п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307, а также из п. 1 ст. 10 ГК РФ. В частности, если договор дает банку право на одностороннее изменение процентной ставки по кредиту, банк не может осуществлять это право произвольно: повышение процентной ставки должно иметь какое-то убедительное экономическое обоснование (например, быть увязано с изменением средних процентных ставок по кредитам, стоимости рефинансирования, уровнем инфляции и т.п.); то же ограничение может применяться и в случае реализации арендодателем установленного в договоре права в одностороннем порядке менять арендную плату (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, п. 22 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября

2011 г. № 73, Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2012 г. № 13567/11, п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

К чему приводит отказ в защите права на изменение условий договора? Здесь возможны два решения.

Первое состоит в том, что суд признает соответствующую одностороннюю сделку ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ. Второе – в том, что суд признает действительность соответствующей односторонней сделки, но не придает судебную защиту притязанию изменившего договора лица. Имеется ли практическая разница между этими вариантами? Кажется, что она может проявиться в ситуации, когда другая сторона своим поведением подтвердила свое согласие с изменением условий (например, приступила к исполнению измененных условий договора). Если считать, что сделка по изменению договора ничтожна, то исполнение новых условий сделки не имеет правового основания, и можно ставить вопрос о реституции. Если же речь идет об отказе в защите права, при добровольном исполнении новых условий другая сторона теряет возможность требовать возврата осуществленного ею исполнения. Впрочем, преувеличивать эту разницу не стоит с учетом того, что при реализации первого варианта требование о реституции может быть также заблокировано той же добросовестностью посредством эстоппеля (по п. 5 ст. 166 ГК РФ). В целом судебная практика ВС РФ указывает на использование модели ничтожности, основанной на применении ст. 10 и 168 ГК РФ (см. п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В тех случаях, когда изменение договора состоит в повышении или понижении того или иного количественного показателя (процентной или арендной ставки, цены иного договора, количества поставляемого товара и т.п.), может встать вопрос о том, должен ли суд признавать одностороннюю сделку по изменению условий договора ничтожной в целом или в части превышающей порог добросовестности. Последнее возможно, если применить правила ст. 180 ГК РФ о частичной недействительности. ВС РФ говорит, что при реализации банком права на одностороннее повышение процентной ставки «суд отказывает во взыскании части процентов по кредитному договору в случае одностороннего, ничем не обусловленного непропорционального увеличения банком процентной ставки» (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Но о какой части идет здесь речь? О той части, которую составляет вся разница между изначально согласованной ставкой и той новой ставкой, которую банк объявил заемщику? Или речь должна идти о том, что суд признает ничтожным

по правилам ст. 180 ГК РФ повышение только в части недобросовестного «излишка»?

К сожалению, до сих пор данный вопрос не вполне прояснен. У обоих вариантов решения этой проблемы можно выделить свои преимущества и недостатки. Вариант тотальной ничтожности может сильно ударить по интересам стороны, осуществившей недобросовестное изменение, в условиях, когда предсказать точно, насколько добросовестным суд признает состоявшееся изменение, не всегда возможно. Например, может случиться так, что суд признает повышение ставки банком с 10 до 16% избыточным, посчитав, что предельный уровень процента, повышение ставки до которого можно было бы признать добросовестным, – это 14%, и произойдет это через пару лет после состоявшегося повышения по итогам долгого судебного разбирательства. В итоге при применении тотальной ничтожности сделки о повышении ставки банк узнает о том, что ставка не повышена вовсе, через два года, и отыграть назад будет невозможно – банк сможет лишь заявить заново о повышении ставки строго на будущее. В этом плане вариант частичной ничтожности кажется куда более щадящим и гибким: суд в описанном примере просто признает, что ставка была повышена не до 16, а до 14%.

В то же время вариант тотальной ничтожности оказывает более сильное стимулирующее воздействие и эффективнее осуществляет превенцию злоупотреблений. При его реализации сторона, управомоченная на изменение условий, должна очень сильно задуматься над уровнем изменения, о котором она хочет объявить контрагенту, так как любой «перебор» приведет к тотальной аннуляции повышения в целом. В этом плане вариант частичной ничтожности «расслабляет» управомоченную сторону и лишает ее стимула задумываться о справедливости производимого повышения: самое неприятное, что может произойти для этой стороны, так это то, что контрагент пойдет в суд и несколько скорректирует повышение до того уровня, который является справедливым.

В общем, по данному вопросу нашей судебной практике еще предстоит сделать окончательный выбор. В частности, она может рассмотреть и компромиссное решение: применять более гибкий и «щадящий» режим частичной ничтожности по ст. 180 ГК РФ, кроме случаев, когда доказано, что изменение условий было настолько явно недобросовестным, что у любого разумного лица на месте управомоченной стороны не должно было возникать сомнений, что производимое им повышение непропорционально (например, при повышении ставки кредита с 15 до 30% при отсутствии намеков на повышение ключевой

ставки, средних ставок по кредитам и иных показателей, которые могли бы оправдать такое сильнейшее повышение)<sup>1</sup>. Последний компромиссный вариант кажется наиболее сбалансированным.

Иногда в силу условий договора одна из сторон имеет правомочие не на одностороннее изменение, а на одностороннее определение условий договора. Например, в опционном договоре (ст. 429.3 ГК РФ) одна из сторон вправе востребовать исполнение обязательств, но нередко эта сторона получает расширенное право не только востребовать исполнение, но и определить объем востребованного предоставления по своему усмотрению. Если договор содержит пределы осуществления такой дискреции, проблема остро не встает, но иногда такие пределы в договоре не установлены. Например, в договоре поставки может быть указано на обязательство поставщика поставлять товар по заявкам покупателя в том объеме, который покупатель указал в таких заявках. Означает ли это, что управомоченная сторона может востребовать любой объем предоставления? Очевидно, что нет. Доктрина злоупотребления правом позволяет дискрецию ограничивать. Из применения данной доктрины следует, что управомоченная сторона не может востребовать такой объем предоставления, который не соответствует разумным ожиданиям сторон.

В ст. II.–9:105 Модельных правил европейского частного права данное преломление запрета на злоупотребление правом сформулировано так: «Если цена или иное условие договора должны быть определены одной стороной и условие, определенное этой стороной, является чрезвычайно необоснованным, установленные цена или иное условие заменяются на разумное, несмотря на положения договора об обратном». Аналогичное решение применительно к определению цены договора, оставленной открытой для одностороннего определения по воле одной из сторон, содержится в п. 2 ст. 5.1.7 Принципов УНИДРУА.

Наконец, в конкретных обстоятельствах может быть признано недобросовестным осуществление стороной своего права на отказ от договора. Это прямо прописано в п. 4 ст. 450.1 ГК РФ, прямо запрещающем недобросовестный отказ от договора, но и без такого напоминания это следовало бы из п. 1 ст. 10 ГК РФ. Например, если сторона получает право на отказ от договора в связи с возникновением того или иного обстоятельства, но, зная об этом, данное право не осуществляет

<sup>1</sup> См.: Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 327 (автор комментария к ст. 890 – О.М. Иванов).

в течение разумного срока, использование в дальнейшем этого права может быть признано недобросовестным, если очевидно, что такое поведение подрывает сформировавшиеся в результате пассивности управомоченной стороны разумные ожидания другой стороны в отношении продолжения договорного сотрудничества (вариант применения эстоппеля). Блокировка права на отказ от договора в таких ситуациях следует не только из п. 1 ст. 10 ГК РФ, но и из п. 5 ст. 450.1 ГК РФ. См. подробнее об эстоппеле п. 1.7 комментария к настоящей статье.

Еще одна иллюстрация: ГК РФ не устанавливает правил, блокирующих право кредитора, столкнувшегося с осуществлением должником некачественного предоставления (например, поставкой бракованного товара), на отказ от договора в ситуации, когда немедленно после выявления дефекта и доведения данной информации до должника от того поступает предложение устранить в разумный срок допущенный дефект (например, исправить дефект или заменить бракованный товар) в предоставленном исполнении. Если такое предложение последовало от должника своевременно и сам факт выявления дефекта не лишает кредитора интереса к договору сразу же и не оправдывает немедленный отказ в силу иных причин (например, утраты доверия к должнику, который, как выяснилось, допустил дефект умышленно в надежде на то, что кредитор не заметит), было бы несправедливо лишить должника возможности оперативно исправиться. Отказ кредитора от договора со ссылкой на существенный дефект при наличии конструктивного предложения должника по оперативному исправлению дефекта и отсутствии особых причин, оправдывающих отклонение такого предложения и немедленный отказ от договора, может быть признан злоупотреблением правом (особенно если срок исполнения обязательства должника еще не истек). Такие правила, неизвестные нашему ГК РФ, но предусмотренные, в частности, в ст. III.—3:201 и III.—3:204 Модельных правил европейского частного права, как представляется, вполне могут быть выведены судами из общего запрета злоупотребления правом.

Другой пример: если сторона договора допустила нарушение и получила от кредитора требование устранить нарушение в некий дополнительный срок (*Nachfrist*), должник, который решил приложить усилия для исправления нарушения, может опасаться, что договор с ним будет расторгнут в момент, когда он потратит на попытку устранить нарушение значительные средства и силы. Было бы несправедливо, если бы право позволяло кредитору вначале в претензии дать должнику некий срок на устранение нарушения, а затем, не дожидаясь его окончания и видя, что должник действительно пытается или

уже готов устранить нарушение, отказаться от договора. Временная утрата кредитором права на расторжение договора в период, дополнительно отведенный им должнику для устранения нарушения, может быть объяснена подразумеваемым отказом от осуществления права на расторжение в течение указанного срока. Но альтернативное обоснование — ссылка на эстоппель, правила п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 1, п. 4 и 5 ст. 450.1 ГК РФ. Выбор между вариантами обоснования зависит от того, как мы решаем общую проблему соотношения эстоппеля и отказа от права (см. п. 1.7 комментария к настоящей статье). Как бы то ни было, сама идея такого моратория на расторжение на период предоставленного нарушителю разумного срока на устранение нарушения очевидна и отражена в п. 2 ст. 63 Венской конвенции 1980 г., п. 2 ст. 7.1.5 Принципов УНИДРУА и п. 2 ст. III.—3:103 Модельных правил европейского частного права.

В конкретных обстоятельствах суд может не признать злоупотреблением правом отказ от договора или изменение его условий, но признать злоупотреблением осуществление некоего производного от осуществления таких секундарных прав требования. Например, представим договор долгосрочной аренды помещения в здании под размещение магазина, в рамках которого арендодатель вправе отказаться от договора при наступлении определенных обстоятельств, но при этом в договоре не содержится указание на некую отсрочку разумной продолжительности, которая должна быть предоставлена арендатору для освобождения помещения и поиск альтернативного места размещения собственного магазина. Арендодатель реализует свое право на отказ и требует от арендатора освободить помещение немедленно, не давая и недели на подготовку переезда. Как представляется, такое поведение является злоупотреблением правом, нарушающим подразумеваемое требование добросовестности при осуществлении права по п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, и суд может признать поведение арендодателя неправомерным и привлечь его к ответственности за нарушение подразумеваемой обязанности (взыскать убытки).

Другой пример: банк реализует свое право на акселерацию кредитного долга (досрочное его истребование) в связи с нарушением того или иного ковенанта; договор не предусматривает для заемщика никакого разумного срока для подготовки возврата всей суммы кредита, но очевидно, что из принципа доброй совести вытекает дополнение договора подразумеваемым разумным сроком на аккумулярование значительных средств, которые заемщик в связи с акселерацией долга должен вернуть банку. Если банк пытается начислить штрафные санкции за просрочку в возврате всего тела кредита, подвергнутого

акселерации, со следующего дня после получения заемщиком заявления об акселерации, суд может и должен отказать ему в защите этого права в части пени за период с момента доведения до заемщика волеизъявления банка об акселерации и до истечения соответствующего разумного срока. В принципе, того же результата можно добиться, применив по аналогии установленное для займов до востребования правило п. 1 ст. 810 ГК РФ о 30-дневном сроке возврата займа с момента получения требования о его возврате.

***1.9. Примеры злоупотребления правом: недействительность договора, заключенного в результате злоупотребления правом***

***(а) Применение ст. 168 совместно со ст. 10 ГК РФ***

В судебной практике до реформы ГК РФ сложился подход, согласно которому в случае, если совершение сделки сопровождалось явным злоупотреблением правом и при этом в законодательстве отсутствует поименованный состав недействительности, применимый в сложившейся ситуации, такая сделка, противоречащая императивному запрету на злоупотребление правом, признается недействительной на основании совместного применения п. 1 ст. 10 и ст. 168 ГК РФ.

Вначале этот подход закрепился в практике ВАС РФ (см. п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127, п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63; постановления Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07, от 24 июня 2014 г. № 3894/14, от 11 февраля 2014 г. № 13846/13, от 26 февраля 2013 г. № 12913/12, от 13 сентября 2011 г. № 1795/11, от 13 мая 2014 г. № 17089/12, от 18 февраля 2014 г. № 15822/13, от 12 июля 2011 г. № 18484/10, от 17 июня 2014 г. № 10044/11, от 27 ноября 2012 г. № 11065/12, от 30 ноября 2010 г. № 10254/10).

После некоторых колебаний данный подход закрепился и в практике ВС РФ (см.: п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54; определения СКГД ВС РФ от 20 сентября 2016 г. № 49-КГ16-18, от 29 марта 2016 г. № 5-КГ16-28, от 8 декабря 2015 г. № 5-КГ15-179, от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54, от 30 августа 2016 г. № 5-КГ16-119, от 14 июня 2016 г. № 52-КГ16-4, от 9 августа 2016 г. № 21-КГ16-6 и 21-КГ16-7, от 8 декабря 2015 г. № 34-КГ15-16, от 7 июля 2015 г. № 78-КГ15-7, от 19 апреля 2016 г. № 83-КГ16-4; определения СКЭС ВС РФ от 21 августа 2017 г. № 305-ЭС17-3546, от 29 апреля 2016 г. № 304-ЭС15-20061, от 15 июня 2016 г. № 308-ЭС16-1475, от 28 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-20034, от 26 октября 2015 г. № 305-ЭС15-8046, от 28 декабря 2015 г. № 308-ЭС15-1607, от 22 мая 2015 г. № 310-ЭС15-1312, от 15 декабря 2014 г. № 309-ЭС14-923 и др.).

По сути, во всех указанных судебных решениях речь шла о сделке, которая не нарушает конкретные императивные нормы закона, но суды блокируют свободу договора, видя те или иные явные злоупотребления правом и мошеннический характер сделки. Императивный запрет на злоупотребление правом закреплен в п. 1 ст. 10 ГК РФ, так что при широком толковании найти некоторую логику в применении п. 1 ст. 10 ГК РФ в качестве той самой нарушенной императивной нормы и санкции недействительности в качестве последствия нарушения такой императивной нормы из ст. 168 ГК РФ вполне можно.

Насколько обоснованна такая практика по существу? Зачем суды вместо отказа в защите права (традиционной и предусмотренной в ст. 10 ГК РФ на случай злоупотребления правом санкции) начинают применять ст. 10 в сочетании со ст. 168 ГК РФ и обосновывать тем самым недействительность сделки? Видимо, судам недействительность кажется более предсказуемым, естественным и понятным правовым последствием совершения явно недобросовестной сделки, чем вариант дожидаться возникновения спора между сторонами и выдвижения возражения одной из сторон, с тем чтобы отказать в защите права ссылаться на соответствующую сделку. Кроме того, только недействительность может позволить защитить нарушенный интерес третьего лица в тех случаях, когда обе стороны сделки, совершая ее, злоупотребили своим правом во вред интересам такого третьего лица.

В целом формирование на уровне судебной практики такого резервного состава недействительности сделки можно признать допустимым, так как очевидно, что действующие нормы о недействительности сделок далеко не всегда достаточны для противодействия очевидным злоупотреблениям автономией воли. Соответственно, при отсутствии подходящего специального состава недействительности, но наличии очевидной необходимости аннулирования сделки суды могут применять сочетание п. 1 ст. 10 и ст. 168 ГК РФ как основание для недействительности.

*(б) Недопустимость игнорирования принципа *lex specialis**

В то же время здесь нельзя допустить нарушение системной логики и базового принципа приоритета специальных норм над общими (*lex specialis derogat generali*). В ряде специальных норм закона борьба с недобросовестностью при совершении сделки традиционно велась и ведется через режим оспоримости сделки. Например, трудно найти более серьезный пример недобросовестности при совершении сделки, чем обман, а также использование прямого насилия, угроз. И тем не менее в силу специальных норм ст. 179 ГК РФ речь здесь идет лишь об оспоримости сделки. То же и в случае с урегулирован-



ной ст. 179 ГК РФ кабальной сделкой, где злоупотребление одной из сторон состоит в том, что она воспользовалась стечением тяжелых обстоятельств у контрагента и вынудила последнего совершить сделку на явно несправедливых условиях. Та же оспоримость предусмотрена и в п. 2 ст. 174 ГК РФ на случай сговора представителей (директоров) или совершения сделки представителем (директором) с таким ущербом интересам представляемого, что его наличие должно было быть очевидно контрагенту (например, на случай продажи представителем (директором) имущества по очевидно заниженной цене или приобретения имущества по очевидно завышенной цене). Иначе говоря, в тех случаях, когда применение прямо предусмотренных в законе составов недействительности направлено на защиту интересов самого контрагента, закон обычно предписывает режим оспоримости.

Как уже отмечалось, применение ст. 10 и 168 ГК РФ должно носить резервный и субсидиарный характер. Этот состав недействительности должен применяться только в тех случаях, когда у суда не обнаруживается того или иного специального механизма для защиты от злоупотреблений. Как мы видим, в большом числе случаев такое специальное регулирование обнаруживается, и оно устанавливает не ничтожность, а оспоримость сделки. Эти специальные нормы должны вытеснять применение ст. 10 ГК РФ в тех областях, которые попадают в рамки гипотезы таких специальных норм.

В реальной судебной практике такое четкое разграничение, к сожалению, проводится не всегда. Часто истцы, пропустив короткий годичный срок на оспаривание сделки по тем или иным поименованным в законе основаниям (например, ст. 174, 178 и 179 ГК РФ), подают иски о признании сделки ничтожной или реституции по ничтожной сделке на основании ст. 10 и 168 ГК РФ, в отношении которых ст. 181 ГК РФ устанавливает более длительный трехлетний срок давности. Кроме того, вариант оспаривания сделки по специальным основаниям (например, заблуждение по ст. 178 ГК РФ, злоупотребление директором по п. 2 ст. 174 ГК РФ) оказывается нередко неудобным для истца в силу того, что он сам длительное время добровольно исполнял сделку и тем самым подтверждал ее действительность, что блокирует оспаривание по правилам абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ. И тогда истец отбрасывает специально предусмотренный законом для таких случаев состав недействительности и прибегает к резервному, казалось бы, и субсидиарному по своей природе варианту применения ст. 10 в сочетании со ст. 168 ГК РФ, заявляя о ничтожности нежеланной сделки. В обоснование иска истцы указывают те фактические обстоятельства, которые соответствуют гипотезе специальных составов оспоримых

сделок (например, совершение невыгодной сделки в результате злоупотребления директором либо обман или введение в заблуждение), но требуют признать сделку ничтожной.

Этот путь является категорически неприемлемым, так как игнорирует субсидиарный и резервный характер режима недействительности, основанного на применении ст. 10 и 168 ГК РФ, и принцип *lex specialis*. Одна и та же сделка не может быть ничтожной и оспори-мой одновременно (Определение СКГД ВС РФ от 24 ноября 2015 г. № 89-КГ15-13). Если фабула дела подпадает под действие гипотезы поименованных составов недействительности (обман, заблуждение, кабальность, злоупотребление директором или сговор и т.п.), предусматривающих оспаривание соответствующих сделок, то это означает, что такие сделки должны обсуждаться на предмет недействительности по правилам именно этих статей ГК РФ (т.е. с применением режима оспаривания, а не ничтожности). Обход специальных норм об оспори-мых сделках за счет применения общей и по сути субсидиарной нормы ст. 10 ГК РФ категорически противоречит базовым принципам права и правоприменения. Этот важнейший принцип многократно подтвер-ждался в практике ВАС РФ и ВС РФ (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 2014 г. № 10044/11; определения СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 305-ЭС17-4886(1), от 17 декабря 2018 г. № 309-ЭС18-14765 и от 6 марта 2019 г. № 305-ЭС18-22069).

*(в) Оспоримость или ничтожность?*

В тех случаях, которые не подпадают под охват гипотез таких спе-циальных норм, как, например, п. 2 ст. 174, ст. 178 или ст. 179 ГК РФ, и в целях пресечения злоупотреблений теоретически возможно приме-нение именно ст. 10 ГК РФ. Судам следует осуществлять выбор между применением запрета на злоупотребление правом в сочетании с п. 1 ст. 168 ГК РФ и применением такого запрета в сочетании с п. 2 ст. 168 ГК РФ. Пункт 1 ст. 168 ГК РФ закрепляет оспоримость сделок, кото-рые нарушают закон (в данном случае — п. 1 ст. 10 ГК РФ) и посягают на интересы самого контрагента, а п. 2 ст. 168 ГК РФ устанавливает ничтожность в отношении таких сделок, которые не только нарушают закон, но и посягают на публичные интересы и интересы третьих лиц. Очень важно отметить, что право суда по обстоятельствам применять в сочетании со ст. 10 в одних случаях норму п. 2 ст. 168 ГК РФ (указыва-ющую на ничтожность), а в других — п. 1 ст. 168 ГК РФ (указывающую на оспоримость), отражено и в п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

Остается лишь определить, какое сочетание наиболее логично в тех или иных случаях, когда сделка признается недействительной на ос-

новании нарушения запрета на злоупотребление правом. Для этого требуется системное и телеологическое толкование закона и наличие какой-либо устоявшейся доктрины в отношении политико-правовых оснований выбора между ничтожностью и оспоримостью. К сожалению, такая доктрина до сих пор не выработана, а квалификация тех или иных сделок в качестве оспоримых или ничтожных в российском позитивном праве в ряде случаев несколько бессистемна.

В целом может показаться логичным следующее решение: во имя системной согласованности права тогда, когда запрет на злоупотребление правом применяется в целях защиты самого контрагента от злоупотреблений партнера, следует применять п. 1 ст. 10 ГК РФ в паре не с п. 2 ст. 168 ГК РФ, а с п. 1 ст. 168 ГК РФ и подводить такую сделку под режим оспоримости. В тех же случаях, когда злоупотребление направлено на причинение ущерба публичным (например, фискальным) интересам, кажется логичным квалифицировать сделку в качестве ничтожной на основании применения положений п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ. Тогда же, когда злоупотребление состоит в причинении ущерба интересам конкретных третьих лиц (например, кредиторов одной из сторон), казалось бы, логично также применять п. 1 ст. 10 ГК РФ в сочетании с п. 2 ст. 168 ГК РФ и говорить о ничтожности сделки. Впрочем, здесь, как покажет дальнейший анализ, остается поле для сомнений. Могут быть приведены определенные аргументы и в пользу оспоримости такой сделки.

Если не выработать четкие подходы к выбору между оспоримостью и ничтожностью сделки, совершенной в результате злоупотребления правом, наше право окажется бессистемным и будет нарушен базовый принцип права: равному равное. К одинаковым по сути ситуациям будут применяться разные правовые институты. Так, было бы трудно объяснить, почему сделка, совершенная на аномальных условиях в ущерб интересам гражданина его представителем, оспорима по правилам п. 2 ст. 174 ГК РФ, а сделка, совершенная самим гражданином на таких же условиях лично, может быть признана ничтожной по правилам п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Как бы то ни было, следует констатировать, что на практике применение ст. 10 ГК РФ в паре со ст. 168 ГК РФ в подавляющем большинстве случаев приводит суды к выводу о ничтожности сделки.

*(г) Конкретные примеры: сделки должника, совершенные с целью вывода имущества из-под взыскания*

Классический пример применения ст. 10 и 168 ГК РФ в сочетании для целей признания сделок недействительными в российской судебной практике — это признание вне дела о банкротстве недействительными

сделок, направленных на вывод активов из-под взыскания в ущерб интересам конкретного кредитора или группы кредиторов (так называемое внеконкурсное оспаривание сделок). В случаях, когда должник, стремясь избежать обращения взыскания на свое имущество по требованию кредитора, отчуждает его по мнимой сделке (например, переписывая свою квартиру на ребенка, продолжая проживать в ней и фактически контролировать судьбу данного имущества), суды обычно признают такую сделку в качестве ничтожной по правилам ст. 170 ГК РФ. В тех же случаях, когда имеются сомнения в мнимости сделки, но очевидно, что имущество отчуждается в целях исключения возможности обратиться на него взыскание по рассматриваемому иску конкретного кредитора или уже в рамках исполнительного производства (например, когда должник, желая вывести квартиру из-под приближающегося взыскания, дарит ее родственнику), суды нередко признают такую сделку ничтожной по правилам п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ, тем самым аннулируют факт выбытия имущества из собственности должника и открывая дорогу для обращения на нее взыскания. По данному вопросу в последние годы сложилась устойчивая практика ВС РФ (см., например, определения СКГД ВС РФ от 18 апреля 2017 г. № 77-КГ17-7, от 28 февраля 2017 г. № 32-КГ16-30, от 20 сентября 2016 г. № 49-КГ16-18, от 9 августа 2016 г. № 21-КГ16-6, от 29 марта 2016 г. № 5-КГ16-28, от 14 июня 2016 г. № 52-КГ16-4, от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54, от 8 декабря 2015 г. № 5-КГ15-179 и 34-КГ15-16, а также Определение СКЭС ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 301-ЭС16-20128). Встречаются и случаи, когда ВС РФ ссылается на мнимость и на сочетание ст. 10 и 168 ГК РФ одновременно, что само по себе несколько странно (Определение СКГД ВС РФ от 19 апреля 2016 г. № 83-КГ16-4).

Если рассуждать логически, то истец по такому иску о констатации ничтожности не должен требовать взаимного возврата имущества в отношениях между сторонами сделки — ему достаточно признания сделки ничтожной, так как констатация данного факта означает, что право собственности на имущество не переходило и все еще принадлежит должнику, а значит, открывается правовая возможность его ареста и обращения на него взыскания. В случае с недвижимостью или иными объектами, права на которые подлежат регистрации, возможно, было бы логичным в иске не только требовать констатации ничтожности, но и заявлять о необходимости исправления записи в соответствующем реестре. На практике истцы также нередко требуют в иске обращения взыскания на соответствующее имущество. Впрочем, необходимость такого требования может вызывать сомнения: если суд подтверждает, что имущество все еще в собственности ответчика, а исполнительное

производство открыто, пристав может обратиться на данное имущество взыскание и без подсказки со стороны суда.

Подобные примеры аннулирования сделки по выводу имущества из-под взыскания именуют внеконкурсным оспариванием в силу того, что аннуляция сделки происходит вне рамок конкурсной процедуры банкротства. Этот термин представляется вполне приемлемым с той лишь оговоркой, что применение на практике осуществляется не в форме оспаривания сделки, а в форме констатации ее ничтожности в рамках того или иного судебного спора или заявления в суд иска о признании ничтожной сделки недействительной.

Обычно признание ничтожными таких сделок во вред кредиторам происходит в ходе отдельного судебного процесса, инициируемого конкретным кредитором, чьи шансы на эффективное исполнение судебного решения снижаются за счет вывода должником ценного имущества. Но практика признает возможность подачи таких исков и судебными приставами-исполнителями (Определение СКГД ВС РФ от 18 апреля 2017 г. № 77-КГ17-7).

При этом сделка может быть признана ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ не только тогда, когда речь идет об отчуждении имущества. Например, в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 рекомендовано признавать ничтожным и договор доверительного управления, заключенный должником с целью усложнения для кредитора процесса обращения взыскания на конкретное имущество (согласно п. 2 ст. 1018 ГК РФ обращение взыскания на имущество, переданное в доверительное управление, возможно только в рамках дела о банкротстве учредителя доверительного управления). Теоретически мыслимо признание ничтожными по таким же основаниям и других сделок должника, совершенных с мотивом навредить кредиторам, планирующему обращение взыскания на конкретное имущество должника, если такая сделка не препятствует обращению взыскания на имущество должника, но значительно снижает его ценность (например, обременение вещи залогом, сдача ее в долгосрочную аренду по крайне низкой ставке или ссуду и т.п.). Если мотив причинить вред кредиторам и недобросовестность контрагента установлены, открывается путь к признанию сделки ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ.

Остается только заметить, что анализ судебных актов ВС РФ показывает, что далеко не всегда Суд уделяет внимание вопросу о субъективной добросовестности контрагента по признаваемой ничтожной сделке. Представляется очевидным, что признание сделки ничтожной возможно только тогда, когда доказано, что такой контрагент (например,

приобретатель выводимого должником из-под взыскания имущества) недобросовестен и либо точно знал, либо не мог не знать о порочном мотиве сделки и ее направленности на причинение вреда кредитору. Когда контрагентом является близкий родственник должника или иное аффилированное лицо (что чаще всего имеет место в случае дарения имущества), а также в случае отчуждения имущества по заведомо заниженной цене осведомленность контрагента о порочном мотиве сделки, видимо, разумно презюмировать. Но в остальных случаях (особенно когда контрагент покупает имущество по нормальной, рыночной цене) суды должны проявлять аккуратность и не допускать ситуации, когда сделка аннулируется в интересах конкретного кредитора в ущерб интересам добросовестного контрагента. Иначе практика внеконкурсного оспаривания станет фактором дестабилизации оборота.

*(д) Конкретные примеры: сделки по выводу имущества из-под ареста*

Другой пример — это продажа арестованного имущества недобросовестному покупателю. Когда собственник цинично продает арестованную судом недвижимость или иное имущество третьему лицу, которому было точно известно или не могло не быть известно, что таким образом продавец нарушает наложенный судом или иным органом (например, приставом) арест, такая сделка может быть признана ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ, если арест обеспечивал притязание на передачу этой вещи в натуре. Положения п. 2 ст. 174.1 и п. 5 ст. 334 ГК РФ о возникновении из ареста залогового права, которое обременяет арестованное имущество при его неправомерной продаже недобросовестному лицу, здесь не применяются (п. 97 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), а каких-либо специальных норм о недействительности сделок по продаже в таких обстоятельствах арестованного имущества недобросовестному лицу ГК РФ не содержит. Так что правила ст. 10 и 168 ГК РФ могут оказаться здесь очень кстати. Признание такой сделки об отчуждении арестованного имущества (если оно было арестовано по требованию о его передаче) недобросовестному третьему лицу ничтожной открывает кредитору по обязательственному требованию, обеспеченному арестом предмета истребования, доступ к иску об отобрании имущества у недобросовестного третьего лица, а при вещности требования истца — доступ к виндикации вещи у недобросовестного приобретателя. Естественно, эти требования о присуждении могут объединяться с установительным иском о констатации ничтожности сделки. При этом по логике при недобросовестности приобретателя арестованного имущества признавать ничтожным следует весь договор, а не только перенос собственности.

Более того, хотя разработчики действующей редакции п. 5 ст. 334 ГК РФ, видимо, исходили из того, что отчуждение имущества, арестованного судом или иным органом в обеспечение денежного притязания (т.е. из запрета на распоряжение имуществом, которое может стать объектом обращения взыскания по такому денежному требованию и продажи с торгов), действительно, но имущество переходит в массу приобретателя обремененным залогом, нам это решение не кажется удачным. Арест означает исходящий от публичной власти прямой запрет на отчуждение арестованного. Если должник цинично решает этот запрет проигнорировать, а покупатель намеревается купить имущество, также зная о нарушении приказа публичной власти, сохранение такой сделки в силе противоречит логике и подрывает авторитет суда или иного государственного органа и права в целом. Поощрять подобные действия не стоит. Поэтому представляется, что недействительность является вполне адекватным ответом и на ситуацию отчуждения того имущества, которое было арестовано в обеспечение денежного требования. Идея же с арестным залогом, отраженная в п. 5 ст. 334 ГК РФ и предполагающая автоматическое наделение любого ареста силой основания для возникновения залога, не представляется продуманной в принципе. С учетом того, что практика ВС РФ исходит из того, что арестный залог не совсем залог и не дает приоритета в банкротстве (Определение СКЭС ВС РФ от 27 февраля 2017 г. № 301-ЭС16-16279), действительность сделки по продаже арестованного имущества недобросовестному приобретателю и, соответственно, переход прав на имущество в массу приобретателя вовсе кажутся абсурдом. Ведь если недобросовестный приобретатель впадет в банкротство, кредитор, по денежному требованию которого наложен арест, вообще останется без защиты: он не сможет обратиться взыскание на арестованное имущество как на элемент массы должника, но при этом лишится и возможности получить приоритет в деле о банкротстве недобросовестного приобретателя. Эффективность ареста драматически снижается. Поэтому есть основания признавать недействительными сделки по продаже арестованного имущества недобросовестному приобретателю независимо от того, в обеспечение каких требований такой арест наложен. Впрочем, это означало бы полное дезавуирование той идеи, которая была отражена в п. 5 ст. 334 ГК РФ об арестном залоге. Альтернативное решение может быть таково: все-таки допускать перенос собственности на арестованное имущество в пользу недобросовестного приобретателя, но включать залоговый приоритет именно с этого момента и предоставлять кредитору залоговое преимущество при банкротстве такого приобретателя (естественно, без предоставления

залогового приоритета в деле о банкротстве должника, по требованию к которому арест был наложен, так как в этих отношениях приоритет несправедлив).

Еще одно возможное решение таково: считать, что по умолчанию арест не дает залоговый приоритет и не позволяет отчуждать арестованное имущество третьим лицам (а подобная сделка при недобросовестности контрагента недействительна), но суд наделен правом по ходатайству сторон при наличии определенных обстоятельств и в целях балансирования их интересов конвертировать арест в залог, дабы не препятствовать отчуждению арестованного имущества или обременению его залогом в пользу третьего лица, и тем самым легализовать оборот.

*(е) Конкретные примеры: сделки должника с третьими лицами, влекущие нарушение прав кредитора по обязательству*

Другой пример применения двух указанных норм в целях защиты кредитора имеет место в случае недобросовестной интервенции третьего лица в чужие договорные отношения. По сути, вышеуказанные примеры вывода имущества из-под взыскания или ареста — это также примеры недобросовестной интервенции третьего лица в отношения должника и его кредиторов, но они осложнены тем, что должник уже находится в процессуальном правоотношении с кредитором. Однако случаи недобросовестной интервенции третьего лица в чужие обязательственные отношения за счет заключения договора с одним из участников такого отношения могут иметь место и за рамками ситуаций продажи арестованного имущества или вывода ликвидного имущества из-под предстоящего взыскания в целях сделать невозможным эффективное исполнение решения суда, если оно будет вынесено. Так, например, речь может идти о приобретении третьим лицом того имущества, которое ранее было обещано продавцом другому покупателю; приобретении третьим лицом имущества, зарезервированного под опционом на покупку за конкретным покупателем, и иных подобных ситуациях.

В описанных случаях недобросовестной интервенции, так же как и в случае с внеконкурсным оспариванием, некое третье лицо (интервент), действуя очевидно субъективно недобросовестно, совершает с должником сделку, которая с неизбежностью влечет нарушение относительного права кредитора данного должника.

Если в рассмотренных выше ситуациях третье лицо (интервент) действует очевидно недобросовестно и точно знает (или со всей очевидностью не может не знать) о том, что, совершая сделку, оно во имя своего личного интереса провоцирует контрагента на нарушение до-



говорных прав кредитора этого контрагента, открываются основания для аннулирования такой сделки. Тогда мыслимо признание сделки с недобросовестным интервентом недействительной. В ряде случаев закон прямо устанавливает такую возможность. Например, согласно п. 6 ст. 67.2 ГК РФ возможно оспаривание сделки, совершенной в нарушение корпоративного договора, если контрагент по данной сделке знал или должен был знать о таком нарушении. Согласно п. 1 ст. 174 ГК РФ возможно оспаривание сделки с недобросовестным контрагентом, если такая сделка совершена представителем формально в рамках своих полномочий по доверенности, но в нарушение ограничений, включенных в договор представителя и представляемого. Согласно положениям п. 4 ст. 388 ГК РФ возможно оспаривание цессии неденежного требования, совершенной в нарушение установленного в договоре между cedentом и должником запрета на цессию, если доказано, что цессионарий знал или должен был знать о нарушении такого запрета.

В последние годы в судебной практике стали обнаруживаться случаи признания сделок с недобросовестным интервентом и за рамками ситуаций, прямо указанных в законе. При этом ранее суды иногда использовали для обоснования своих решений об аннулировании сделки ссылку не на ст. 10 и 168 ГК РФ, а на расширительно понимаемую норму ст. 174 ГК РФ. В частности, в целом ряде постановлений Президиума ВАС РФ указывалось на применение ст. 174 ГК РФ при отчуждении одним из участников общества своей доли в нарушение положений устава о запрете на отчуждение доли третьим лицам (постановления Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10590/11, от 10 февраля 2009 г. № 11497/08, от 10 апреля 2007 г. № 13104/06). В Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10900/11 Суд применил норму ст. 174 ГК РФ для обоснования возможности оспаривания уступки требования в нарушение договорного запрета на уступку (это происходило до обновления норм ст. 382 и 388 ГК РФ о цессии, которые урегулировали данную ситуацию). По сути, Суд применил норму п. 1 ст. 174 ГК РФ, устанавливающую один из примеров оспаривания сделки с недобросовестным интервентом, на основе ее расширительного толкования в отношении ряда иных подобных же ситуаций недобросовестной интервенции. Как представляется, куда больше оснований для обоснования аннулирования сделок в таких ситуациях не за счет применения нормы п. 1 ст. 174 ГК РФ за рамками ситуаций, подпадающих под гипотезу этой нормы, а за счет использования субсидиарного основания недействительности, а именно сочетания положений ст. 10 и 168 ГК РФ. И в последние годы такая практика стала

бурно развиваться. В последнее время суды более не ссылаются на п. 1 ст. 174 ГК РФ по аналогии закона, а апеллируют к сочетанию ст. 10 и 168 ГК РФ. За последние несколько лет эту практику стал активно поддерживать и ВС РФ (см.: определения СКГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27 и от 27 марта 2018 г. № 49-КГ17-35; определения СКЭС ВС РФ от 25 января 2018 г. № 308-ЭС17-14180(1, 2), от 26 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-14389, от 19 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-11311, от 16 апреля 2018 г. № 305-ЭС16-10864).

Недобросовестная интервенция может иметь место не только в случаях осознанного приобретения третьим лицом того, что должник был обязан передать своему кредитору, но и в любых иных случаях, когда третье лицо совершает с должником сделку, которую в силу своего договора с кредитором должник был обязан не совершать. Представим, что на момент установления залога у собственника имеется обязательство передать какому-либо приобретателю данное имущество свободным от прав третьих лиц. Само по себе это не может ставить под сомнение залог, так как наличие указанного обязательства имеет сугубо относительную природу и не может быть противопоставлено залогодержателю. Но этот вывод начинает колебаться в тех случаях, когда залогодержатель точно знал или со всей очевидностью не мог не знать о том, что ему передается в залог имущество, которое залогодатель ранее обещал передать свободным от прав третьих лиц другому лицу (например, покупателю), и что установление залога неминуемо приведет к нарушению прав такого приобретателя (см. подробнее п. 2.13 комментария к ст. 335 ГК РФ)<sup>1</sup>. Соответственно, открывается возможность признания договора залога недействительным. Подобный пример можно обнаружить в разъяснениях ВАС РФ. В абзаце первом п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 указано: «...сторона расторгнутого договора, которой было возвращено переданное ею в собственность другой стороне имущество, приобретает право собственности на это имущество производным способом (абзац первый пункта 2 статьи 218 ГК РФ) от другой стороны расторгнутого договора. Следовательно, обременения (например, ипотека), установленные собственником в отношении этого имущества до момента передачи его обратно в собственность лицу, заявившему требование о расторжении договора, сохраняются, *за исключением случаев заведомо недобросовестного поведения лица,*

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 271–272 (автор комментария к ст. 335 – *Р.С. Бевзенко*).

*в пользу которого было установлено соответствующее обременение (пункт 4 статьи 1, статья 10 Кодекса)»* (курсив наш. — А.К.). Когда же имеет место заведомая недобросовестность залогодержателя в описанной ситуации? Есть основания считать, что речь идет о тех ситуациях, когда залогодержатель в момент заключения договора точно знал, что ему предлагается принять в залог имущество, которое залогодатель в связи с расторжением договора, по которому он приобрел данное имущество, обязан вернуть продавцу.

Возможно также аннулирование на основании формирующихся сейчас в судебной практике правил о недобросовестной интервенции последующего залога в ситуации, когда условия договора предшествующего залога запрещали залогодателю предоставлять предмет залога в залог третьим лицам, залогодатель решил нарушить данное обязательство, и при этом последующий залогодержатель точно знал или не мог не знать о наличии такого договорного запрета на последующий залог и причинение предшествующему залогодержателю ущерба в результате такой недобросовестной интервенции (см. подробнее п. «и3» комментария к ст. 342–342.1 ГК РФ)<sup>1</sup>.

При этом аннулирование сделок, совершенных во вред конкретному кредитору (как и в случае с внеконкурсным оспариванием или аннулированием сделки по выводу имущества из-под ареста), по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ возможно только в случае явной недобросовестности другой стороны сделки (интервента), т.е. ее знания о том, что контрагент, совершая сделку, грубо нарушает права своего кредитора. Вероятно, есть основания аннулировать сделки и тогда, когда доказано, что контрагент без каких-либо сомнений не мог не знать о данных обстоятельствах. Но очевидно, что простой неосторожности (не знал, но мог бы узнать, прояви интервент должный уровень осмотрительности) недостаточно для аннулирования сделки. Иначе говоря, обсуждаемый вариант злоупотребления правом предполагает наличие либо умысла, либо сливающейся с ним нередко грубой неосторожности. В противном случае контрактное поведение окажется избыточно рискованным, и неоправданно повысятся трансакционные издержки сторон на проверку всех возможных контрактов потенциального партнера с третьими лицами, которые могут быть нарушены за счет заключения данной сделки. Важно отметить, что актуальная практика решения аналогичной проблемы в контексте п. 1 ст. 174 ГК РФ также

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 319–321 (автор комментария к ст. 342.1 — *Р.С. Бевзенко*).

исходит из того, что сделку можно оспорить только при доказанности того, что контрагент со всей очевидностью не мог не знать о нарушении представителем партнера «внутренних» договорных или уставных ограничений (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 говорит о том, что для аннулирования сделки должно быть доказано либо точное знание, либо то, что контрагент *заведомо* должен был знать о соответствующих ограничениях; тем самым ВС РФ пытается вывести за рамки ситуацию простой неосторожности). Этот же подход должен применяться и в контексте оспаривания сделок, совершенных в нарушение корпоративного договора, или сделок уступки неденежного требования в нарушение договорного запрета на уступку (т.е. в отношении иных ситуаций, когда нормы закона специально оговаривают возможность аннулирования сделок при недобросовестной интервенции).

Иногда звучат голоса в пользу того, что аннулирование сделки с недобросовестным интервентом возможно только при установленном умысле последнего причинить вред интересам кредитора, т.е. когда вступление интервента в сделку с должником было предопределено не собственным экономическим интересом (пусть даже в условиях циничного игнорирования страдающих в результате такой сделки прав кредитора контрагента), а желанием навредить кредитору. Речь идет в первую очередь о шикане или недобросовестной конкуренции. Иначе говоря, есть точка зрения, согласно которой циничное игнорирование относительных прав кредиторов потенциального контрагента не представляет собой злоупотребление свободой договора, если интервент преследовал свой эгоистический интерес, а не имел умысел на причинение вреда.

С такой максимально зауженной интерпретацией сложно согласиться. Во-первых, доказывание умысла на причинение вреда практически невозможно в условиях российского доказательственного права. Во-вторых, в силу нашего представления о справедливости трудно смириться с признанием добросовестным поведения интервента, который точно знает, что отчуждаемое ему имущество уже обещано другому лицу и такое отчуждение неминуемо приведет к нарушению прав такого лица. Вся идея добросовестности состоит в том, что участник оборота должен в некоторых ситуациях воздерживаться от осуществления своих прав, беря в расчет интересы как своего партнера, так и третьих лиц. Порядочный человек не попытается уговорить продавца забыть о внесенном за вещь авансе третьего лица и продать вещь ему, нарушив тем самым права третьего лица, а удостоверится в том, что прежде ранее заключенный договор будет расторгнут (например,

заключит договор на покупку с отлагательным условием расторжения предыдущего конкурирующего договора).

Этот вывод подтверждается и большинством соответствующих определений ВС РФ, в которых применялась доктрина недобросовестной интервенции. В большинстве вышеуказанных определений ВС РФ, в которых он признавал сделку с интервентом недействительной, Суду было достаточно того, что установлено знание интервента о нарушаемых в результате совершения им сделки правах конкретного кредитора другой стороны. В то же время вопрос продолжает быть предметом полемики.

В этом плане вызывает интерес п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, в котором говорится следующее: уступка требований по денежному обязательству в нарушение условия договора о предоставлении согласия должника или о запрете уступки по общему правилу сама по себе действительна независимо от того, знал или должен был знать цессионарий о достигнутом цедентом и должником соглашении, запрещающем или ограничивающем уступку (п. 3 ст. 388 ГК РФ), но вместе с тем, если цедент и цессионарий, совершая уступку вопреки названному договорному запрету, действовали с намерением причинить вред должнику, такая уступка может быть признана недействительной (ст. 10 и 168 ГК РФ). Как представляется, здесь ВС РФ явно попытался заузить основания для аннулирования по сравнению с традиционной практикой признания сделок с недобросовестными интервентами недействительными, так как указывает на необходимость установления намерения причинить вред должнику. Понять ВС РФ можно. Ведь иначе, если точного знания о наличии договорного запрета на уступку денежного требования будет достаточно, будет проигнорирована явно выраженная воля законодателя установить разные последствия уступки неденежного и денежного требования вопреки договорному запрету на уступку (п. 4 ст. 388 ГК РФ). Впрочем, практика в отношении того, как суды понимают то самое намерение причинить вред должнику, пока не сложилась. Вполне возможно, что здесь суды будут требовать не только доказанного знания цессионария-интервента о наличии и нарушении запрета на уступку, но и возникновения у должника материального ущерба или нарушения иных его законных интересов помимо формального нарушения запрета на уступку (например, тех негативных последствий, которые возникают при уступке денежного требования из сугубо коммерческого контракта, в котором оговорена подсудность спора конкретному государственному арбитражному суду, физическому лицу с неизбежным перево-

дом будущего спора о взыскании долга в компетенцию судов общей юрисдикции).

*(ж) Вывод имущества из-под взыскания, ареста или иные случаи недобросовестной интервенции: ничтожность или оспоримость?*

Логично ли применение для аннулирования сделок с недобросовестным интервентом во всех вышеуказанных примерах (в том числе при выводе имущества из-под взыскания или ареста) запрета на злоупотребление правом в сочетании с нормой п. 2 ст. 168 ГК РФ и, соответственно, констатация ничтожности таких сделок?

С одной стороны, в пользу такого шага могут быть приведены следующие аргументы. В данном случае жертвой является третье лицо, не являющееся стороной сделки. Поэтому с точки зрения системной логики, казалось бы, должен применяться именно режим ничтожности, предписанный п. 2 ст. 168 ГК РФ, который устанавливает ничтожность для случаев, когда незаконная сделка нарушает также и интересы третьих лиц.

С другой стороны, применительно к случаям внеконкурсного оспаривания сделок, направленных на вывод имущества должника из-под взыскания в ущерб интересам кредитора, могут быть приведены аргументы и в пользу оспоримости. Дело в том, что согласно ст. 61.1, 61.2 Закона о банкротстве сделки, совершенные в ущерб интересам кредиторов, в рамках дела о банкротстве рассматриваются как оспоримые. Наличие этих «банкротных» оснований оспаривания само по себе не исключает возможности квалифицировать сделку в качестве ничтожной по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ, но для этого требуется установить иные пороки сделки, выходящие за рамки гипотез соответствующих специальных норм об оспаривании сделки в банкротстве (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63). Согласно судебной практике, оспаривание такой сделки в ходе конкурсного производства по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ не допускается по тем же основаниям причинения вреда имущественным интересам кредиторов, которые предусмотрены в ст. 61.1, 61.2 Закона о банкротстве, так как здесь в полной мере действует принцип *lex specialis*, и, соответственно, сделки, совершенные во вред интересам кредиторов, в рамках законодательства о банкротстве рассматриваются как действительные и лишь подлежащие оспариванию на основании специальных норм ст. 61.1, 61.2 Закона о банкротстве, что имеет среди прочего важное значение с точки зрения правил о расчете исковой давности (определения СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 305-ЭС17-4886(1) и от 31 августа 2017 г. № 305-ЭС17-4886; Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 2014 г. № 10044/11). Соответственно, по данной логике до возбуждения

дела о банкротстве аннулирование сделок должника, совершенных во вред кредиторам, по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ возможно, однако после возбуждения дела о банкротстве такое аннулирование осуществляется по специальным правилам Закона о банкротстве.

Но при этом очевидно, что многие сделки по выводу активов во вред конкретному кредитору, которые до возбуждения дела о банкротстве могут аннулировать по ст. 10 и 168 ГК РФ, в случае возбуждения дела о банкротстве будут подпадать под действие специальных правил об оспаривании сделок по «банкротным» основаниям. С позиций системной согласованности права несколько странно, что одна и та же сделка, направленная на вывод активов во вред кредиторам, может признаваться ничтожной в случае подачи иска с целью ее аннулирования до возбуждения дела о банкротстве по правилам ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ и при этом являться оспоримой в случае ее оспаривания в рамках уже возбужденного дела о банкротстве. Это противоречит элементарной правовой логике. Получается, что сделка является ничтожной до возбуждения дела о банкротстве, а последующее возбуждение дела о банкротстве и введение конкурсного производства как-им-то удивительным образом конвалидирует ее и переводит в режим оспоримых. Этот парадокс может подталкивать либо к выводу о том, что не только конкурсное, но и внеконкурсное оспаривание сделок, совершенных во вред интересам кредиторов, должно осуществляться именно в форме оспаривания сделок, а не за счет квалификации их в качестве ничтожных, либо к необходимости аннулирования сделок в банкротстве через институт ничтожности, либо к поиску какого-то иного решения, вовсе не сопряженного с недействительностью. У каждого из этих вариантов могут быть свои плюсы и минусы, но очевидна необходимость синхронизации правовых режимов конкурсного и внеконкурсного оспаривания.

Как уже отмечалось, теоретически возможность признания сделки на основании сочетания ст. 10 и 168 ГК РФ оспоримой, а не ничтожной допущена ВС РФ в п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 (здесь работает сочетание ст. 10 ГК РФ не с п. 2 ст. 168 ГК РФ, а с п. 1 ст. 168 ГК РФ). Перевод подобных сделок во вред кредиторам, аннулируемых вне дела о банкротстве, в режим оспоримых повлечет, в свою очередь, и изменение правил определения исковой давности по правилам ст. 181 ГК РФ (как известно, эти правила различаются в отношении ничтожных и оспоримых сделок).

Впрочем, попытка перевести внеконкурсное оспаривание в режим аннулирования оспоримой сделки может натолкнуться на одно формальное препятствие. Согласно п. 2 ст. 166 ГК РФ правом на оспарива-

ние сделки обладает только ее сторона, а иные лица вправе оспаривать сделку лишь в случаях, прямо указанных в законе. Применительно к внеконкурсному оспариванию или иным случаям оспаривания сделки, совершенной во вред интересам кредиторов, такой нормы нет. Режим же ничтожности в его интерпретации ВС РФ позволяет требовать реституции по ничтожной сделке не только стороне сделки или лицу, прямо указанному в законе, но и иному третьему лицу, «если гражданским законодательством не установлен иной способ защиты права этого лица и его защита возможна лишь путем применения последствий недействительности ничтожной сделки» (п. 78 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Соответственно, для перевода описанных сделок во вред кредиторам под режим оспоримости в условиях отсутствия какого-либо специального законодательного регулирования пришлось бы вопреки буквальному смыслу п. 2 ст. 166 ГК РФ фиксировать на уровне судебной практики, что право на оспаривание в некоторых (как минимум подобных) случаях может быть и у третьего лица, прямо в законе активно не легитимированного в качестве управомоченного на оспаривание, но претерпевающего ущерб в результате совершения спорной сделки.

В общем, как мы видим, здесь требуется наведение какого-то элементарного порядка. Надо просто определиться с выбором и провести его системным и единообразным образом через все эти случаи.

Что же касается недействительности сделок должника и недобросовестного интервента, вторгнувшегося в чужие договорные отношения, представляется, что и здесь необходимо обеспечить унификацию. Иначе получается явная системная несогласованность. Все известные нормы ГК РФ, говорящие о недействительности сделок с недобросовестным интервентом (п. 1 ст. 174, п. 4 ст. 388, п. 6 ст. 67.2 ГК РФ), устанавливают именно оспаривание сделок, а не их ничтожность. В таких условиях применение режима ничтожности к непоименованным случаям интервенции выглядит нелогичным. Праву следует определиться и либо признать режим ничтожности действительно оптимальным — и тогда исправить вышеуказанные нормы, либо, наоборот, перевести все случаи аннулирования сделок с недобросовестным интервентом в режим оспоримости. В последнем случае правовым основанием для оспаривания сделки должно быть применение ст. 10 ГК РФ в сочетании с нормой п. 1 ст. 168 ГК РФ, а не с нормой п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Наконец, применительно к отчуждению имущества, подвергнутого аресту, в пользу субъективно недобросовестного лица надо также сделать осознанный выбор. Как представляется, здесь есть дополни-



тельные аргументы в пользу ничтожности. Покупка или принятие в дар того, что, как тебе известно, твоему потенциальному контрагенту запретил отчуждать суд или иной уполномоченный государственный орган, — это не просто недобросовестность, а вызывающее посягательство на основы правопорядка и авторитет судебной или государственной власти. Такая сделка лишена правового эффекта как таковая. Поэтому ничтожность здесь представляется вполне уместным решением.

*(з) Конкретные примеры: сделки, совершенные на вопиюще аномальных условиях*

Ранее сделки признавались судами недействительными по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ из-за вопиющей несоразмерности встречных предоставлений, а также в иных ситуациях, когда условия сделки выглядели абсолютно аномально (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127; Определение СКГД ВС РФ от 29 марта 2016 г. № 83-КГ16-2; Определение СКЭС ВС РФ от 15 декабря 2014 г. № 309-ЭС14-923; постановления Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07, от 11 февраля 2014 г. № 13846/13 и др.).

Несоразмерность встречных предоставлений сама по себе не является основанием для признания договора недействительным, но, как показывает судебная практика, в некоторых случаях суд может признать договор недействительным, если встречные предоставления по нему явно («шокирующе») несоразмерны. Последнее может являться сильным индикатором наличия сговора представителей контрагентов (например, директор одной из сторон получил так называемый откат за согласие совершить сделку на невыгодных для своей компании условиях). С 1 сентября 2013 г. для противодействия таким случаям в ГК РФ появилась норма п. 2 ст. 174, устанавливающая оспоримость сделки, совершенной директором (представителем) как в результате сговора, так и при отсутствии доказательств сговора, если сделка совершена с явным ущербом для представляемого. Согласно сформировавшейся судебной практике, существенная нерыночность цены или иное очевидно аномальное содержание сделки презюмирует наличие оснований для ее аннулирования по п. 2 ст. 174 ГК РФ. Так, в абзаце третьем п. 93 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 на этот счет указывается следующее: «О наличии явного ущерба свидетельствует совершение сделки на заведомо и значительно невыгодных условиях, например, если предоставление, полученное по сделке, в несколько раз ниже стоимости предоставления, совершенного в пользу контрагента. При этом следует исходить из того, что другая сторона должна была знать о наличии явного ущерба в том

случае, если это было бы очевидно для любого участника сделки в момент ее заключения». Несколько ранее в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 16 мая 2014 г. № 28 говорилось о расхождении встречных предоставлений в два раза и более.

Соответственно, в силу наличия специальной нормы закона, устанавливающей специальный же состав недействительности, применение в этом контексте ст. 10 ГК РФ лишается какого-либо основания. Сделка, чей порок соответствует гипотезе нормы п. 2 ст. 174 ГК РФ об оспоримости сделки, не может по тем же основаниям быть одновременно и ничтожной.

Но в то же время могут иметь место ситуации, когда совершается аномально несправедливая сделка, которая не охватывается гипотезой нормы п. 2 ст. 174 ГК РФ, но при этом аномальность условий сделки выходит за все мыслимые рамки настолько, что правовая система не может смириться с ее существованием (например, сделку на абсолютно аномальных условиях совершает физическое лицо, действующее непосредственно, без помощи представителей). Как правило, эти аномалии содержания сделки являются следствием наличия некоего скрытого порока воли стороны (например, недоказуемого обмана или применения угроз), нарушения прав и интересов третьих лиц или публичных интересов. Например, когда актив продается по цене в десятки раз ниже рыночного уровня, одна из сторон безуспешно пытается доказать наличие того или иного порока воли (скажем, не может представить допустимые доказательства того, что при проведении переговоров она была грубо обманута другой стороной) и при этом отсутствуют какие-либо убедительные объяснения экономической логики такой аномалии цены, суд может ограничить свободу договора, по сути презюмировав, что явная аномалия цены является следствием указанного порока. В такого рода случаях явная неадекватность цены говорит сама за себя и свидетельствует об аномальном характере сделки. Суды просто не могут смириться с тем, чтобы судебное признание и защиту получала сделка, совершенная на столь драматически ненормальных условиях; в полной мере осознавая, что сделка поражена тем или иным пороком, суды не способны обосновать свое решение ссылкой на соответствующий специальный состав недействительности из-за отсутствия релевантных доказательств.

При этом ранее суды обычно признавали сделку в таких ситуациях ничтожной, применяя п. 1 ст. 10 ГК РФ в сочетании со ст. 168 ГК РФ (классический пример – п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127). Применение на протяжении ряда лет в данном контексте режима ничтожности, а не оспоримости сделки

объяснялось прежней редакцией ст. 168 ГК РФ, которая предусматривала ничтожность незаконной сделки.

Но такой подход может быть поставлен под сомнение. Если вмешательство судов предопределено прежде всего попыткой спасти саму сторону (обычно гражданина) от принятых на себя в силу каких-то скрытых (недоказанных, но с большой долей вероятности присутствующих) пороков абсолютно аномальных условий, то было бы логично применять ст. 10 в сочетании с п. 1 ст. 168 ГК РФ и констатировать оспоримость сделки.

*(и) Конкретные примеры: злоупотребление доверием и зависимым положением, а также эксплуатация неопытности в делах*

В праве зарубежных стран встречаются случаи, когда сделки признаются недействительными по основаниям недобросовестной эксплуатации неопытности в делах контрагента-гражданина, а также злоупотребления доверием и зависимым положением контрагента (как правило, также гражданина). В такого рода случаях одна из сторон имеет подавляющие переговорные преимущества в силу не фактического отсутствия выбора (как в случае с классической кабалностью), а асимметрии профессионализма, равно как и наличия отношений личной зависимости или особых доверительных отношений. Если соответствующая сильная сторона эксплуатирует это неравенство переговорных возможностей и заходит в этом деле за известные пределы, навязывая невыгодную или попросту ненужную другой стороне сделку, многие правовые системы допускают те или иные инструменты аннулирования договора. Знают такие основания для аннуляции сделки и Модельные правила европейского частного права (ст. II.—7:207), и Принципы УНИДРУА (ст. 3.2.7).

Можно привести такой пример: часто на практике встает вопрос о том, можно ли аннулировать поручительство, выданное за должника лицом, заведомо не имеющим реальной экономической возможности удовлетворить требование кредитора, как злонамеренное и недобросовестное действие кредитора на основании ст. 10 и 168 ГК РФ. ВС РФ поддержал точку зрения, в соответствии с которой такое поручительство в любом случае должно сохраняться в силе, невзирая на то что совокупная стоимость имущества поручителя в десятки или даже сотни раз меньше размера обеспеченного им долга (Определение СКГД ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 2-КГ16-1). В то же время представляется, что в ряде исключительных случаев навязывание такого поручительства неопытному в делах и находящемуся в материальной или иной зависимости от должника физическому лицу (например, родственнику предпринимателя) может быть основанием для признания такого дого-

вора недействительным по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ (см. подробнее п. 1.15 комментария к ст. 361 ГК РФ)<sup>1</sup>.

В качестве примера можно привести ситуацию злоупотребления доверительными отношениями, существующими между адвокатом и клиентом, когда адвокат предлагает клиенту совершить с ним сделку в отношении активов клиента, которая на самом деле явно невыгодна клиенту. В подобных отношениях на юристе лежат фидуциарные обязанности проявлять максимально возможную степень добросовестности и заботы об интересах клиента, так как клиент не обладает специальными познаниями, а задача адвоката состоит в том, чтобы приложить все возможные усилия для защиты интереса клиента. Любые попытки злоупотребить этим доверием к своей личной выгоде и убедить клиента совершить сделку, которая может обогатить адвоката в ущерб интересам клиента, должны жестко пресекаться. Аналогичные ситуации могут возникать и в столь же доверительных отношениях пациента и врача, учителя и ученика, священника и прихожанина. Иначе говоря, если стороны связывают лично-доверительные правоотношения, злоупотребление доверием при совершении сделок должно пресекаться. Это необходимо для того, чтобы клиенты могли спокойно полагаться на совет и профессионализм своего адвоката, врача и т.п.

Злоупотребление отношениями личной зависимости имеет место тогда, когда происходит недобросовестное навязывание лицом неких аномальных и явно несправедливых сделок своим родственникам (своему супругу или пожилым родителям — инвалидам, находящимся у него на иждивении), прямым подчиненным и иным лицам, которые в силу своего зависимого положения нередко не могут ответить отказом на требования совершить сделку.

Как представляется, аннулирование сделок в подобных ситуациях (возможно, за вычетом неопытности в делах) может быть допущено не только в целях защиты гражданина, но в некоторых случаях и для защиты коммерсанта. Так, например, коммерсант, как представляется, может получить защиту в ситуации, когда спорная сделка совершается с лицом, с которым данный коммерсант состоит в фидуциарных, доверительных отношениях (например, с юридическим или иным консультантом), в связи с чем на контрагенте лежит бремя повышенной добросовестности при ведении дел, и этот контрагент злоупотребил доверием коммерческого партнера.

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 451 (автор комментария к ст. 361 — *Р.С. Бевзенко*).

В той степени, в которой в российском законодательстве для аннулирования сделки по всем указанным основаниям не найдется специального состава недействительности, субсидиарно может применяться режим аннулирования сделки, основанный на применении п. 1 ст. 10 и ст. 168 ГК РФ.

При этом во всех указанных случаях встает вопрос о том, всегда ли уместно применять ст. 10 и 168 ГК РФ как основание для ничтожности, а не оспоримости договора. Традиционный рецепт совместного применения двух указанных статей, как уже отмечалось, дает ничтожность. Но могут быть выдвинуты аргументы и в пользу того, чтобы такие сделки, чей порок состоит в нарушении интересов слабой стороны договора, признавались оспоримыми на основании сочетания п. 1 ст. 10 и п. 1 ст. 168 ГК РФ. Этого требуют соображения системной согласованности права. Здесь логика следующая: если кабальная сделка или сделка, совершенная в результате даже таких вопиющих пороков воли, как обман или применение угроз (ст. 179 ГК РФ), оспоримы, то и сделка, заключенная на невыгодных условиях в результате эксплуатации неопытности в делах, злоупотребления доверием и зависимым положением контрагента, тоже должна считаться оспоримой. Впрочем, данный вопрос требует дополнительного анализа.

*(к) Необходимость осторожного отношения к применению ст. 10 ГК РФ для обоснования недействительности*

При этом, как и в любом случае применения ст. 10 ГК РФ, ограничение формального права (в данном случае — в форме признания сделки недействительной) возможно только в самых крайних случаях, в ситуации очевидного и заведомого злоупотребления правом, когда сделка хотя и не нарушает каких-то конкретных императивных предписаний закона, тем не менее закрепляет результат очевидно недобросовестного поведения. Применение ст. 10 ГК РФ в сочетании с нормами ст. 168 ГК РФ должно быть не основанием для аннулирования любой непонятной суду или необычной сделки, не укладывающейся в какие-то шаблоны и типизированные схемы, а реакцией правопорядка на крайние и абсолютно очевидные проявления недобросовестности, когда императивных норм или специальных составов недействительности оказывается недостаточно, а глубинное правовое чувство резко восстает против сделки.

*(л) Соотношение со ст. 169 ГК РФ*

В условиях столь активного применения судами для борьбы с различными формально законными, но аномальными сделками сочетания ст. 10 и 168 ГК РФ пространство для применения ст. 169 ГК РФ о ничтожности сделок, противоречащих основам нравственности и право-

порядка, сужается. Между этими инструментами наблюдается явная конкуренция.

В конце 2000-х гг. суды стали бороться с непоименованными пороками сделки не за счет применения ст. 169 ГК РФ, а изобретая применение ст. 10 в сочетании со ст. 168 ГК РФ по той причине, что согласно действовавшей тогда редакции ст. 169 ГК РФ предписывалась конфискация всего полученного в доход государства, и суды считали эту санкцию не вполне уместной и пропорциональной. После исключения из ст. 169 ГК РФ этой санкции суды могли бы бросить практику применения правил ст. 10 и 168 ГК РФ в целях реализации указанных задач противодействия порочным сделкам и начать применять в этих целях ст. 169 ГК РФ, но изменение практики не произошло и вряд ли произойдет.

Каких-либо принципиальных практических последствий эта конкуренция двух режимов не влечет, как минимум если конкурируют сочетание п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ, с одной стороны, и ст. 169 ГК РФ — с другой. При обоих вариантах речь идет о ничтожности сделки, нарушающей не конкретную норму закона, а те или иные заслуживающие защиты интересы. После исключения же из редакции ст. 169 ГК РФ санкции в виде изъятия полученного в доход государства практические различия между этими инструментами фактически исчезли.

В то же время следует обратить внимание на то, что, как было показано выше, для некоторых таких непоименованных пороков, возможно, более удачным ответом права была бы не ничтожность, а оспоримость сделки. Статья 169 ГК РФ такое решение обосновать не может, поскольку говорит о ничтожности. Применение ст. 10 и 168 ГК РФ также по традиции, сформировавшейся в период, когда ст. 168 ГК РФ говорила лишь о ничтожности незаконной сделки, приводит суды к выводу о ничтожности. Но эту традицию вполне можно поменять, так как ст. 10 ГК РФ может применяться в сочетании не с п. 2 ст. 168, а с п. 1 ст. 168 ГК РФ, а последний говорит об оспоримости. И ВС РФ прямо допустил такую возможность (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

#### ***1.10. Примеры злоупотребления правом: навязывание несправедливых условий договора при явной асимметрии переговорных возможностей***

Договорное право основано на принципах автономии воли сторон и договорной свободы (п. 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ). Но нередко при заключении договора имеется явное неравенство переговорных возможностей сторон. Данная асимметрия может быть следствием наличия у одной из сторон ситуативной или структурной рыночной

власти, которая лишает другую сторону значимого выбора, асимметрии профессионализма и информированности, ограниченной рациональности одного из контрагентов и ряда иных причин. Заключение договора в условиях явной асимметрии переговорных возможностей исключает возможность слабой стороны влиять на содержание договорных условий, избежать заключения договора на таких условиях, иногда и понимать предлагаемые условия и в конечном счете открывает возможность навязывания условий, которые могут являться хотя и формально законными, но явно несправедливыми. Такое поведение сильной стороны с учетом конкретных обстоятельств может быть признано злоупотреблением договорной свободой.

Самый очевидный пример – потребительские договоры, условия которых потребитель нередко просто не читает, а если и читает, не всегда имеет реальные возможности понять. Впрочем, здесь использование ст. 10 ГК РФ для противодействия несправедливым условиям на практике не востребовано, поскольку суды реализуют эту задачу за счет признания таких условий недействительными по правилам п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Данное правило не предназначено по своему буквальному смыслу для противодействия несправедливым условиям договора, так как объявляет ничтожными условия, ограничивающие права потребителя по сравнению с тем, как они определены в нормах потребительского законодательства (т.е. объявляет все нормы потребительского законодательства по умолчанию «полуимперативными», допускающими отступление от них лишь в сторону улучшения правового положения потребителя). Но в судебной практике сложилось более широкое понимание этой нормы, при котором она воспринимается не только как устанавливающая ту самую «полуимперативность», но и объявляющая вне закона любые условия, которые пусть формально и не противоречат закону, но явно несправедливы по отношению к потребителю, непропорционально нарушают его интересы.

Но что, если договор не носит потребительский характер? Для случаев, когда сделка имеет характер договора присоединения, ст. 428 ГК РФ позволяет слабой стороне, которой в стандартизированных условиях навязаны явно несправедливые условия договора, требовать в судебном порядке изменения договора, а именно исключения или модификации несправедливых условий. В силу п. 3 ст. 428 ГК РФ эта же опция признается и в тех случаях, когда договор не носит стандартизированный характер, но заключался в условиях явного неравенства переговорных возможностей. В случае победы в данном судебном споре слабой стороны условие будет считаться отсутствовавшим в до-

говоре изначально, так как согласно ст. 428 ГК РФ изменение договора по данному основанию происходит с обратной силой.

Но такой режим защиты слабой стороны возлагает на нее бремя возбуждения судебного спора и риск пропуска срока давности. В контексте долгосрочных договоров (например, десятилетней аренды) слабая сторона вынуждается обращаться в суд в целях исключения или изменения несправедливых условий превентивно, еще до возникновения обстоятельств, которые создают основания для применения спорных условий (под страхом пропустить срок давности). Борьба с несправедливыми условиями договора только за счет подачи иска об изменении договора не вполне эффективна. Поэтому ВАС РФ в Постановлении Пленума от 14 марта 2014 г. № 16 (п. 9) указал следующее: «В тех случаях, когда будет установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения пункта 2 статьи 428 ГК РФ о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента. В то же время, поскольку согласно пункту 4 статьи 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании статьи 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по статье 169 ГК РФ».

Иначе говоря, даже если договор не был ранее изменен судом на основании иска слабой стороны, но впоследствии сильная сторона пытается в рамках того или иного спора сослаться на явно несправедливое условие, навязанное слабой стороне в договоре присоединения или в договоре, заключенном в условиях очевидного неравенства переговорных возможностей, суд может отказать сильной стороне в праве апеллировать к такому условию на основании правила ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом.

ВАС РФ в том же Постановлении (п. 9) приводит следующий пример: «В частности, при рассмотрении спора о взыскании убытков, причиненных нарушением договора, суд может с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий не применить условие договора об ограничении ответственности должника-предпринимателя только случаями умышленного нарушения договора



с его стороны или условие о том, что он не отвечает за неисполнение обязательства вследствие нарушений, допущенных его контрагентами по иным договорам».

Но что означает отказ в защите права апеллировать к несправедливому условию? Первый вариант ответа: мы применяем традиционный рецепт – ст. 10 совместно со ст. 168 ГК РФ – и тем самым получаем ничтожность такого условия. Второй вариант: мы не прибегаем к ст. 168 ГК РФ, продолжаем считать условие действительным, но отказываем соответствующей недобросовестной стороне в ее попытке сослаться на данное условие в суде и осуществить или защитить свое право, основанное на таком условии. Как представляется, первый вариант проще и понятнее. Злоупотребление правом в форме навязывания слабой стороне явно несправедливого условия в данном случае будет приводить к ничтожности такого условия, поскольку никто не вправе извлекать преимущества из своего недобросовестного поведения. Это тот же результат, к которому приходят суды общей юрисдикции при применении ст. 16 Закона о защите прав потребителей в целях опрокидывания явно несправедливых условий потребительского договора.

Впрочем, полной ясности в вопросе о том, какой из двух вариантов выберет российская судебная практика, пока нет. Дело в том, что тезис о ничтожности приходит в явное противоречие с общим правилом ст. 428 ГК РФ об изменении договора, содержащего несправедливое условие, с обратной силой. Если условие ничтожно *a priori* в силу ст. 10 и 168 ГК РФ, что же тогда изменяет суд? Соответственно, несмотря на удобство варианта с ничтожностью, системные соображения могут подталкивать к выбору в пользу варианта с отказом в защите права сослаться на несправедливое условие.

Указанный вопрос может иметь некоторое практическое значение: например, при действительности условия его добровольное исполнение исключает возможность применения механизма отказа в защите права по ст. 10 ГК РФ, в то время как ничтожность дает возможность требовать реституции. Впрочем, значение этого различия не стоит преувеличивать, так как и при добровольном исполнении ничтожного спорного условия могут быть выдвинуты аргументы в пользу применения эстоппеля по п. 5 ст. 166 ГК РФ и блокирования реституции.

В общем, в вопросе о механике противодействия несправедливым условиям в коммерческих договорах в нашем праве полной ясности нет, и наблюдается некоторая неразбериха, которая усугубляется тем, что в том же Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 (п. 9) в качестве альтернативного варианта опрокидывания несправедливых условий названа ст. 169 ГК РФ. Указано, что вместо

применения ст. 10 ГК РФ суд может признать спорное несправедливое условие ничтожным, как противоречащее основам правопорядка или нравственности, по правилам ст. 169 ГК РФ. Возможно, такое решение уместно использовать в тех случаях, когда само условие настолько несправедливо, что это противоречит основам правопорядка или нравственности.

При этом здесь следует иметь в виду, что несправедливые договорные условия могут становиться объектом судебного контроля *ex post* тогда, когда договор заключен в обстоятельствах явного неравенства переговорных возможностей.

Неравенство переговорных возможностей очевидно в контексте потребительского договора, но там с задачей противодействия несправедливым условиям справляется ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Однако неравенство переговорных возможностей может иметь место и в контексте сугубо коммерческих договоров. В то же время здесь встает острый вопрос о выработке однозначных ориентиров по поводу того, в каких случаях можно говорить о неравенстве.

В абзаце первом п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 на сей счет указано, что суд при определении фактического соотношения переговорных возможностей сторон «выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.».

На наш взгляд, при оценке неравенства переговорных возможностей в отношении сугубо коммерческих или иных непотребительских договоров следует учитывать а) возможную существенную асимметрию информированности, проявляющуюся обычно при совершении сделок в отношении сложных технических решений и продуктов между профессионалом и непрофессионалом, б) подавляющую рыночную власть одной из сторон и отсутствие или ограниченность конкуренции на рынке, а также в) чрезвычайность обстоятельств заключения договора, лишившую одну из сторон возможности реально вести переговоры. При этом сам факт того, что один контрагент представлял собой крупную корпорацию, а другой — небольшую фирму, как представляется, недостаточен для признания явного неравенства переговорных возможностей, если на рынке наблюдается конкуренция, отсутствуют фактор существенной асимметрии информированности и фактор чрезвычайности обстоятельств заключения договора.

В равной степени один лишь факт того, что сторона, предложившая проект договора, отказывалась принимать и обсуждать возражения другой стороны и вести полноценные переговоры, сам по себе не означает, что имеет место явное неравенство переговорных возможностей, и в договорных отношениях присутствует слабая сторона.

То же должно касаться и тех случаев, когда сама проформа договора носила стандартизированный характер: если рынок носит конкурентный характер и другая сторона, являясь коммерсантом, могла легко обратиться к другому контрагенту и избежать тем самым принятия несправедливых условий предложенной проформы, а также отсутствуют иные условия для признания коммерсанта слабой стороной, говорить о праве суда блокировать несправедливые условия нельзя. Из ст. 428 ГК РФ может быть сделан вывод, что фактор неравенства переговорных возможностей не следует устанавливать там, где договор носил стандартизированный характер и заключался по модели договора присоединения. Но, как представляется, судебный контроль справедливости стандартизированных коммерческих или иных непотребительских договоров по правилам ст. 428 ГК РФ не должен допускаться, если ни о какой слабой стороне речь не идет.

При определении оснований для противодействия несправедливым условиям, включенным в сугубо коммерческий или иной непотребительский договор, судам, как представляется, следует исходить из следующего алгоритма анализа: чем более выраженным было неравенство переговорных возможностей, тем меньший порог несправедливости спорного условия требуется для того, чтобы суд вмешался и ограничил свободу договора, и наоборот, чем более равными были переговорные возможности сторон, тем более серьезной должна быть несправедливость и аномальность спорного условия, чтобы оно было заслуженно изменено (заблокировано) судом. Такой гибкий подход, доминирующий в зарубежном праве, позволяет адекватно реагировать на злоупотребления свободой договора, не переходя при этом грань, за которой начинаются дестабилизация оборота и существенное поприение конституционного принципа свободы договора.

Но тот факт, что в силу положений ст. 428 и 10 ГК РФ судебный контроль справедливости договорных условий обусловлен квалификацией договора как заключенного на стандартизированных или иных индивидуально не согласованных условиях в ситуации неравенства переговорных возможностей, не означает, что суд не может заблокировать несправедливые условия договора и в ситуации отсутствия явного неравенства переговорных возможностей. Тем не менее, для того чтобы суд ограничил свободу договора, заключенного равноправными контр-

агентами (особенно коммерсантами) при отсутствии каких-либо явных признаков неравенства переговорных возможностей, должны иметься не просто несправедливые, а воистину аномальные условия с высшей степени неприемлемым содержанием. При этом свобода договора в части таких условий может быть в исключительных случаях ограничена *ex post* на основании судебного усмотрения даже при отсутствии фактора явного неравенства переговорных возможностей. Например, такая реакция судов может легитимно последовать в отношении условия договора, лишающего покупателя права требовать расторжения договора (или отказаться от него) при любой по продолжительности просрочке должника при исполнении обязательства, либо требующего от стороны, пострадавшей от существенного нарушения и желающей расторгнуть договор в ответ, внесения платы за реализацию права на расторжение, либо блокирующего право заказчика на произвольный отказ от договора подряда на ремонт вещи заказчика или строительство на его земле, либо вводящего явно непропорциональные ограничения экономической свободы одной из сторон, и т.п.

Иначе говоря, одно и то же условие договора может быть настолько несправедливым, чтобы быть заблокировано по правилам ст. 428 и 10 ГК РФ в контексте договора, заключенного при явном неравенстве переговорных возможностей, но не настолько, чтобы суд имел право вмешаться в договор, заключенный равноправными партнерами. Вместе с тем условия могут быть настолько несправедливыми и аномальными, что они должны блокироваться в контексте любых контрактов. Другими словами, иногда несправедливость спорного условия договора достигает такого уровня этической невыносимости, что вторжение судов становится оправданным даже тогда, когда отсутствуют доказательства какого-то неравенства переговорных возможностей, но логично презюмировать наличие у сделки некоего неизвестного суду скрытого процедурного порока (в том числе порока воли).

Сложность в решении вопроса о том, к какой категории относится данное конкретное несправедливое условие, можно проиллюстрировать на следующем примере. В п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 Суд указал, что с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий в целом может быть признано несправедливым и не применено судом условие об обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоизмерима потерям другой стороны от досрочного прекращения договора. Иначе говоря, по мнению ВАС РФ, вторжение судов в свободу сторон в определении платы за отказ от договора и его изменение допу-

стимо только тогда, когда это делается во имя защиты слабой стороны. Но впоследствии ВС РФ в п. 16 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 указал, что если будет доказано очевидное несоответствие размера согласованной в договоре платы за отказ от договора или его изменение неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от договора или его изменением, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать внесения такой платы в согласованном размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично на основании п. 2 ст. 10 ГК РФ. Как мы видим, ВС РФ критерий слабой стороны не упомянул. Было бы логично считать, что упомянутый Судом тот самый *исключительный случай*, когда требование внесения согласованной платы *заведомо недобросовестно*, — это как раз случай навязывания явно несоразмерной платы слабой стороне договора, поскольку при равенстве переговорных возможностей сторон конституционных оснований для вмешательства судов не наблюдается. Впрочем, позднее в Определении СКЭС ВС РФ от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058 Суд все-таки подтвердил право суда взыскать лишь часть согласованной платы (т.е. по сути снизить эту плату) на основании ст. 10 ГК РФ, несмотря на то что доказательств неравенства переговорных возможностей в деле не имелось. С этим подходом сложно согласиться, за исключением разве что таких экстремальных ситуаций, когда размер платы носит настолько аномальный характер, что это не оставляет сомнений в том, что при заключении договора имел место некий скрытый порок воли.

### ***1.11. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное использование возражений***

Право заявить возражение может быть использовано недобросовестно. В таких ситуациях суд может со ссылкой на ст. 10 ГК РФ отказать в защите права заявить возражение.

В частности, на практике встречаются примеры блокирования на основании ст. 10 ГК РФ возражения должника о пропуске кредитором срока исковой давности.

Например, согласно п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «[с]торона, фактически исполнявшая сделку до ее необходимой государственной регистрации, не вправе ссылаться на истечение срока исковой давности по требованию другой стороны о ее государственной регистрации (пункт 2 статьи 10, пункт 3 статьи 433 ГК РФ)». Иначе говоря, по мнению ВС РФ, если сторона заключенного договора исполнила его, но уклоняется от совершения действий, необходимых для его государственной регистрации, а другая сторона предъявляет в суд иск о государственной регистрации договора, от-

ветчик не может ссылаться на пропуск установленного в законе срока исковой давности, поскольку такое возражение является злоупотреблением правом. Другой пример – Постановление Президиума ВАС РФ от 22 ноября 2011 г. № 17912/09.

Как представляется, с учетом колоссального значения исковой давности и ее предельно формального характера такое применение ст. 10 ГК РФ может допускаться в самых исключительных случаях (например, когда должник препятствовал подаче кредитором иска, угрожая применением силы или совершением иных неправомерных действий).

Другой пример: тот факт, что должник нарушил договор умышленно, без уважительной причины, имея все возможности исполнить свои обязательства, но цинично проигнорировал их, может являться аргументом в пользу отказа суда от учета возражения должника о несоразмерности неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ на основании п. 1 ст. 10 ГК РФ. Как представляется, если нарушение договора носило циничный и умышленный характер (например, должник не платил бесспорный долг, имея к тому все финансовые возможности), то это должно исключать возможность учета возражения должника о несоразмерности неустойки, особенно если таким должником является коммерсант. Согласно ст. 333 ГК РФ снижение неустойки, обещанной коммерсантом, возможно только по заявлению должника и лишь в исключительном случае. Такое снижение должно считаться возможным, когда должник нарушил договор без вины или в силу простой неосторожности. Вместе с тем право не должно допускать ситуацию, когда должник за счет применения ст. 333 ГК РФ будет пытаться освободиться от уплаты обещанного платежа неустойки, если он сам осознанно пошел на нарушение договора без какой-либо уважительной причины. В судебной практике ВС РФ уже появились первые примеры учета этого фактора при снижении неустойки (Определение СКГД ВС РФ от 18 сентября 2018 г. № 46-КГ18-43), но данная позиция еще ожидает своего окончательного применения.

#### ***1.12. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное уклонение от предоставления согласия***

В ряде случаев закон ставит возможность совершения той или иной сделки в зависимость от согласия третьего лица. Но если третье лицо злоупотребляет своим правом вето, отказываясь давать согласие в обстоятельствах, когда такое поведение выглядит явно недобросовестно, суд может отказать в защите права по правилам ст. 10 ГК РФ.

Например, согласно п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 45 суд, рассматривающий дело о банкротстве, ут-

верждает план реструктуризации долгов (как одобренный, так и не одобренный собранием кредиторов) только в случае, если он одобрен должником. Это обусловлено тем, что именно должник участвует в реализации плана, обычно осуществляет его исполнение и обладает наиболее полной информацией о своем финансовом состоянии и его перспективах. Но если доказано, что несогласие должника с планом является злоупотреблением правом, суд может проигнорировать несогласие должника (ст. 10 ГК РФ). Например, это возможно, если должник, не обладающий ликвидным имуществом, стабильно получает высокую заработную плату, но тем не менее настаивает на скорейшем завершении дела о своем банкротстве и на освобождении от долгов, чтобы уклониться от погашения задолженности перед кредиторами за счет будущих доходов.

***1.13. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление права на несанкционированный «перехват» денежных требований по правилам ст. 313 ГК РФ***

Согласно п. 2 ст. 313 ГК РФ любое третье лицо может легитимно «перехватить» просроченное денежное требование конкретного кредитора к конкретному должнику, согласие кредитора или должника на такой перехват испрашивать не надо — достаточно лишь просто самочинно погасить такой долг должника, осуществив денежный перевод кредитору. В силу п. 5 ст. 313 ГК РФ при отсутствии соглашения между должником и третьим лицом, пожелавшим погасить просроченный денежный долг должника, о последствиях такого платежа к третьему лицу, исполнившему просроченное денежное обязательство должника, переходят права кредитора в соответствии со ст. 387 ГК РФ (суброгация).

Вместе с тем согласно п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на основании ст. 10 ГК РФ суд может признать переход прав кредитора к третьему лицу несостоявшимся, если установит, что, исполняя обязательство за должника, третье лицо действовало недобросовестно, исключительно с намерением причинить вред кредитору или должнику по этому обязательству (например, в случаях, когда третье лицо погасило лишь основной долг должника с целью получения дополнительных голосов на собрании кредиторов при рассмотрении дела о банкротстве без несения издержек на приобретение требований по финансовым санкциям, лишив кредитора права голосования).

Конкретные примеры применения ст. 10 ГК РФ для блокирования суброгации в практике ВС РФ см. в определениях СКЭС ВС РФ от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658, от 29 марта 2018 г. № 307-ЭС17-18665, от 26 марта 2018 г. № 305-ЭС17-18572.

***1.14. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное использование наименования другой некоммерческой организации или имени гражданина***

Согласно п. 147 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 наименования некоммерческих организаций не являются средством индивидуализации юридических лиц в смысле положений части четвертой ГК РФ, на них не распространяется правовая охрана, установленная § 1 гл. 76 ГК РФ о защите фирменного наименования организации. Вместе с тем право на наименование некоммерческой организации может быть защищено от действий третьих лиц, являющихся актом недобросовестной конкуренции или злоупотреблением правом, на основании положений ст. 10 ГК РФ, Закона о защите конкуренции, ст. 10-*bis* Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.

Например, если в регионе создается и начинает функционировать благотворительный фонд с тем же названием, что и известный, обладающий высокой репутацией всероссийский благотворительный фонд, это может быть расценено как злоупотребление правом, направленное на введение благотворителей в заблуждение. О недобросовестной конкуренции говорить не приходится, поскольку такие фонды не являются конкурентами в традиционном смысле этого слова, но мотив введения граждан в заблуждение и паразитирование на имени известного фонда налицо, а также высоки риски того, что создатели данного фонда-паразита, уже проявившие свою недобросовестность при создании организации, скорее всего, будут использовать собранные средства не по назначению. Этого вполне достаточно для квалификации данного поведения как злоупотребления правом. Как представляется, такое поведение может повлечь отказ в регистрации фонда (отказ в защите права, которым лицо пытается злоупотребить), а также удовлетворение иска о пресечении неправомерных действий по правилам ст. 12 ГК РФ. Последнее было подтверждено в Определении СКГД ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 53-КГ17-12.

Похожая ситуация возникает при недобросовестном паразитическом использовании чужого имени. Например, если некто решит взять себе литературный псевдоним «Сергей Васильевич Сарбаш» и начать публиковать книги по проблемным вопросам обязательственного права, это очевидное злоупотребление правом на свободный выбор такого псевдонима. В принципе, данный вывод вытекает из п. 4 ст. 19 ГК РФ. Возможность блокирования злоупотреблений при использовании в качестве псевдонима имени известного лица подтверждается и в судебной практике ВС РФ (Определение СКГД ВС РФ



от 15 августа 2017 г. № 5-КГ17-102). Но тот же вывод будет справедлив и для ситуации, когда человек действительно меняет свое имя таким образом, чтобы на выходе получился тот самый «Сергей Васильевич Сарбаш», «С.В. Сарбаш» или просто «С. Сарбаш», и приступает под этим, уже формально своим именем к немедленному «обогащению» российской науки частного права большим количеством публикаций, паразитируя на чужом авторитете, вводя читателей в заблуждение и дезориентируя их.

Более спорной может являться ситуация, когда действительный, «аутентичный», полный тезка Сергея Васильевича, окончивший недавно вуз, начинает делать публикации по обязательственному праву под своим именем, опять же вводя читателей в заблуждение. Те, будучи абсолютно уверены, что покупают книги и статьи известного российского цивилиста, могут неприятно удивиться тому, что читают мысли совсем другого человека. Более того, они могут просто так и не узнать о том, что читают «не того Сарбаша». Не требует ли принцип доброй совести от такого молодого автора — нет, не поменять фамилию или имя, но хотя бы каким-то образом предостеречь потенциального читателя от заблуждения по поводу авторства (например, путем публикации фотографии автора на обложке, указания своей биографии на обороте книги или иным образом)? Оставим пока этот вопрос без ответа.

### ***1.15. Примеры злоупотребления правом: недобросовестное осуществление права собственности***

Вещное право в силу своего абсолютного характера предполагает самостоятельную реализацию управомоченным лицом своего интереса. В частности, содержанием права собственности выступает возможность собственника совершать любые действия, не противоречащие закону и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц. Поскольку невозможно исчерпывающим образом описать в законе интересы других лиц, которые могут быть нарушены собственником при реализации своего права, роль запрета злоупотребления и требования добросовестного поведения в этой сфере трудно переоценить.

В Определении СКЭС ВС РФ от 12 октября 2015 г. № 309-ЭС15-6673, в частности, отмечается, что правомочия собственника «не могут реализовываться без учета общих принципов гражданского законодательства, которые, в числе прочего, подразумевают, что при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно, не допускать злоупотребления правом и не извлекать преимущества из своего недобросовестного поведения». В данном деле Суд указал, что удовлетворение исковых

требований публичного собственника о демонтаже волоконно-оптических линий связи, расположенных на принадлежащих ему опорах наружного освещения, «создаст условия для изменения качественного состояния рынка услуг электросвязи в городе Екатеринбурге с конкурентного на монополистический, позволив организации, имеющей подземную канализацию для размещения ВОЛС, единолично занять доминирующее положение на данном товарном рынке, что не отвечает публичным интересам и целям антимонопольного регулирования». Таким образом, Суд счел злоупотреблением правом запрет собственника пользоваться его имуществом, несмотря на то что возможность отстранения всех прочих лиц от пользования вещью составляет смысловое ядро права собственности.

Безусловно, это довольно экзотический пример, связанный с публичным характером собственности истца, однако не должно вызывать сомнений, что в некоторых случаях собственник должен терпеть обоснованные незначительные вторжения в его собственность, а воспрепятствование им может трактоваться как злоупотребление правом. Например, собственник обязан стерпеть вторжение на свой участок с целью выкоса сорных растений, цветение которых угрожает соседним участкам, если он сам не предпринимает никаких усилий для борьбы с сорняками.

#### *(а) Соседские отношения*

Несмотря на то что право собственности является абсолютным правоотношением, складывающимся между собственником и всеми прочими (*erga omnes*), наибольший шанс столкнуться со злоупотреблением правом собственности имеют те, кто контактирует с собственником, прежде всего его соседи и участники общей собственности.

Соседское право, пожалуй, чаще всего упоминается в контексте злоупотребления правом собственности. Даже в отсутствие развернутого правового регулирования соседских отношений и установления четких законодательных запретов очевидно, что собственником должны приниматься во внимание интересы обладателей соседней недвижимости — это вытекает из п. 3 ст. 1 ГК РФ. Собственник должен воздерживаться от формально пусть и законного, однако недобросовестного воздействия на имущество соседа. Очевидно, что нельзя устраивать выгребную яму или складывать мусор нарочито напротив входа в соседский дом, преследуя единственную цель — навредить соседу. Классический пример подобного злоупотребления правом собственности в соседских отношениях приведен в гоголевской «Повести о том, как поссорился Иван Иванович с Иваном Никифоровичем»: «...К довершению всех оскорблений, ненавистный сосед выстроил прямо против

него, где обыкновенно был перелаз через плетень, гусиный хлев, как будто с особенным намерением усугубить оскорбление. Этот отвратительный для Ивана Ивановича хлев выстроен был с дьявольской скоростью: в один день». Такие действия могут быть квалифицированы как злоупотребление правом в форме шиканы, вследствие чего предъявленный к собственнику негативный иск должен быть удовлетворен.

Помимо действий, составляющих шикану, как злоупотребление можно расценить и действия, непропорционально нарушающие очевидные интересы соседей, когда получаемая при этом собственником польза несоразмерна неудобствам, причиняемым соседям. Подобные ситуации были предусмотрены в законопроекте по комплексной реформе ГК РФ (проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятом ГД ФС РФ в I чтении 27 апреля 2012 г.). В частности, в проекте отмечается, что собственник земельного участка обязан воздерживаться от действий, которые могут привести к нарушению прав соседей. Например, он обязан допускать на свой земельный участок владельца соседнего участка для земляных и иных работ в целях доступа к зданию или сооружению, расположенному на соседнем земельном участке, при необходимости его ремонта, если такие работы не могут быть осуществлены иным способом; свободно пропускать воду, поступающую естественным образом на свой участок с соседнего земельного участка, а также не подсыпать землю на свой земельный участок, если это нарушает естественные стоки с соседнего земельного участка или препятствует им; не углублять свой земельный участок таким способом, что грунт соседнего участка лишится опоры; не сооружать колодцы таким образом, чтобы это препятствовало поступлению воды в колодец на соседнем участке; не возводить канализационных сооружений, приводящих к загрязнению соседнего участка (п. 1 ст. 294 в редакции законопроекта). Лица, владеющие соседними недвижимыми вещами, при осуществлении принадлежащих им вещных прав должны соблюдать ограничения, установленные в соответствии с ГК РФ в пользу соседей (соседские права), в том числе поддерживать свои недвижимые вещи в надлежащем состоянии (п. 1 ст. 225 в редакции законопроекта).

Несмотря на то что эти предписания соседского права остаются пока в большей мере законопроектом, не вызывает сомнений, что в отсутствие подобных законодательных запретов такое поведение при реализации права собственности может быть расценено как недобросовестное осуществление права собственности (т.е. злоупотребление им).

*(б) Общая собственность*

Другой областью, в которой нередко встречаются «вещно-правовые» злоупотребления, являются отношения общей собственности. Классический пример – стремление обладателя незначительной доли в праве собственности всеми правдами и неправдами получить доступ к вещи, нередко с расчетом на то, что другие собственники будут вынуждены выкупить его долю по завышенной цене. Чаще всего в подобных случаях речь идет о жилом помещении, в котором в принципе невозможно предоставить в пользование обладателю, допустим,  $\frac{1}{50}$  в праве собственности приходящуюся на его долю часть жилья.

Например, в Определении СКГД ВС РФ от 5 декабря 2017 г. № 47-КГ17-24 указывается следующее: «Если с учетом конкретных обстоятельств дела суд придет к выводу о том, что права одних собственников жилого помещения нуждаются в приоритетной защите по сравнению с правами других собственников, должен быть установлен такой порядок пользования жилым помещением, который, учитывая конфликтные отношения сторон, не будет приводить к недобросовестному осуществлению гражданских прав. В связи с этим, устанавливая порядок пользования жилым помещением, суд вправе в том числе отказать во вселении конкретному лицу, установив в качестве компенсации такому лицу ежемесячную выплату другими собственниками денежных средств за фактическое пользование его долей, учитывая, что правомочие пользования, являющееся правомочием собственника, предполагает извлечение полезных свойств вещи, которое может достигаться и за счет получения платы за пользование вещью другими лицами».

Теоретически в качестве злоупотребления правом может быть расценен и отказ «миноритарного собственника» дать согласие на распоряжение общей вещью, если такой отказ, например, обусловлен не какими-либо рациональными причинами, а является лишь проявлением личной неприязни либо способом вымогательства.

Интересный пример был рассмотрен в Постановлении Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 5910/11. Истец, указывая на то, что в результате недобросовестных действий со стороны ответчика недвижимому имуществу, находящемуся в общей долевой собственности, причинен вред, делающий невозможным его использование для осуществления предпринимательской деятельности, обратился в суд с иском, основанным на положениях ст. 1064 и 1082 ГК РФ, об обязанности привести здание магазина в пригодное для предпринимательской деятельности состояние. Нижестоящий суд указал, что ответчик, равно как и сам истец, является участником общей долевой собственности,

а поскольку как собственник он вправе самостоятельно своей волей и в своем интересе осуществлять принадлежащее ему право собственности в отношении принадлежащего ему имущества, его действия, которые привели к ухудшению технического состояния здания, не могут считаться противоправными. Передавая дело в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора, коллегия указала, что, делая вывод о том, что ответчик, который является одним из собственников здания магазина, может произвольно в своем интересе осуществлять свое право собственности на указанный объект, суды не учли установленный действующим гражданским законодательством запрет на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ); поскольку находящаяся в долевой собственности вещь принадлежит одновременно нескольким лицам, недобросовестные и несанкционированные действия одного из них, приводящие к ухудшению качественных характеристик и потребительских свойств этой вещи как объекта гражданских прав, неизбежно нарушают и право собственности всех прочих участников общей собственности на то же имущество. Президиум ВАС РФ, отправляясь от неверного, на наш взгляд, тезиса о том, что у судов не имелось оснований рассматривать возникший спор по нормам гл. 59 ГК РФ о возмещении вреда, тем не менее в своем решении указал: «...Учитывая характер нарушения права собственности истца, его интерес в восстановлении здания... судам следовало рассмотреть заявленное требование как иск о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права. Эта мера защиты установлена статьей 12 Гражданского кодекса и способна в отсутствие в законе иных специальных норм, призванных регулировать отношения между сособственниками, восстановить право собственности истца, нарушенное недобросовестным поведением другого участника общей долевой собственности, распорядившегося имуществом без его согласия».

*(в) Бездействие как злоупотребление*

Может ли быть расценено в качестве злоупотребления правом бездействие собственника? Хотя обычно злоупотребление предполагает активное поведение, такую квалификацию нельзя исключать. Даже в тех случаях, когда закон прямо не обязывает собственника, например, земельного участка содержать его надлежащим образом, уклонение от заботы о своем имуществе может быть расценено как недобросовестное поведение. Вернемся к приведенному ранее примеру. Предположим, собственник земельного участка допустил его зарастание борщевиком (что случается сплошь и рядом). Соседи, конечно, могут требовать от собственника возмещения убытков, причиненных занесением семян на их участки, однако неэффективность этого пути

очевидна. Поэтому соседи могут нанять бригаду косильщиков, чтобы скосить борщевик на чужом участке, а затем взыскать расходы с нерадивого собственника. Возражения ответчика со ссылкой на вторжение на его территорию могут быть отвергнуты судом со ссылкой на злоупотребление правом.

*(г) Использование несоразмерного способа защиты права*

Использование несоразмерных нарушению способов защиты права собственности также может быть расценено судом как злоупотребление правом и как основание для отказа в иске. Распространенным примером таких неадекватных нарушению требований можно считать требование о сносе постройки на соседнем участке, несколько заступающей на участок истца. Например, в Определении СКГД ВС РФ от 20 ноября 2018 г. № 18-КГ18-175 отмечается: «...Суд указал на то, что рыночная стоимость нежилого здания, принадлежащего ответчикам, примерно составляет 69 210 000 руб., в то время как согласно заключению эксперта рыночная стоимость запользованной части земельного участка составляет 165 633 руб., что явно несоразмерно с наносимым ответчикам ущербом в случае удовлетворения требований истицы, направленных на восстановление права пользования 22,48 кв. м земельного участка путем сноса спорного здания, а потому осуществление сноса нежилого строения, принадлежащего ответчикам, для освобождения части земельного участка истицы является неразумной мерой, сопряженной со злоупотреблением правом». Аналогичные подходы см. в определениях СКГД ВС РФ от 23 октября 2018 г. № 49-КГ18-45 и от 9 апреля 2013 г. № 18-КГ13-14.

В подобных случаях истец, разумеется, не лишается возможности использовать иные способы защиты. Например, в Обзоре судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством, утвержденном Президиумом ВС РФ 19 марта 2014 г., приводится такой пример: «...Суд, придя к выводу о том, что возведение гаража с нарушением требований отступа от межевой границы не является существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил, противопожарные и санитарные разрывы соблюдены, опасности для жизни и здоровья людей указанный объект не представляет, обоснованно отказал в удовлетворении исковых требований о сносе гаража, одновременно возложив на ответчиков обязанность по устранению выявленных недостатков постройки путем переустройства ее конфигурации и установления по краю ската крыши снегозадерживающих заграждений». Кроме того, по смыслу п. 5 Обзора судебной практики по делам об установлении сервитута на земельный участок, утвержденного Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г., собственник земельного

участка, на котором частично расположен принадлежащий иному лицу объект, вправе обратиться с требованием об установлении сервитута.

*(д) «Сбрасывание» обременений права собственности*

Ярким примером злоупотребления в сфере вещных прав можно считать недобросовестные попытки «сбрасывания» обременений права собственности. Рассмотрим пример с залогом. Закон (п. 3 ст. 216, п. 1 ст. 353 ГК РФ) указывает на то, что обременения сохраняются только в случае перехода права, т.е. производного правоприобретения (см. подробнее комментарий к ст. 216 ГК РФ).

Предположим, что лицо приобрело у неуправомоченного отчуждателя вещь, которая до того была заложена ее собственником, причем сведения о залоге были надлежащим образом опубликованы и в соответствующем реестре отмечено наличие прав залогодержателя у неуправомоченного отчуждателя. Покупатель приобретает вещь, точно зная или имея все основания знать об обременении вещи залогом, но при этом добросовестно заблуждаясь о том, кому вещь на самом деле принадлежит. В случае выбытия вещи из владения собственника по его воле и возмездности приобретения такой добросовестный приобретатель становится собственником вещи первоначальным (оригинарным) способом. Но затем, ссылаясь на первоначальный характер приобретения права (узнав о нем, например, в ходе разбирательства по виндикационному иску), приобретатель заявляет о свободе от залогового обременения, ведь формальное системное толкование положений ст. 352 и 353 ГК РФ говорит, что залог прекращается.

Однако поведение приобретателя вещи, не знавшего о том, что приобретает чужое, но знавшего об обременении вещи залогом и при этом ссылающегося на отпадение залога вследствие формального отсутствия правопреемства, вступает в явный конфликт с требованием добросовестного поведения и запретом извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения.

В момент своего волеизъявления, направленного на приобретение права собственности, приобретатель не знает о «первоначальности» своего приобретения — иначе он не был бы добросовестным и не приобрел бы право собственности — и воля его направлена на приобретение права собственности со всеми обременениями. Стало быть, если лицо согласилось приобрести право собственности с обременениями, оно не может впоследствии от этого отказываться: это будет очевидно недобросовестным поведением, и в освобождении от залога должно быть отказано.

В Определении СКЭС ВС РФ от 28 сентября 2017 г. № 305-ЭС17-5571 приводится еще один пример недобросовестной попытки из-

бавиться от залога. Общество передало в залог принадлежащее ему здание, но затем, ссылаясь на то, что в момент возникновения залога здание было самовольной постройкой, потребовало прекращения залога. Суды указали, что иск общества направлен исключительно на снятие обременения с одновременным сохранением как самого объекта в натуре, так и записи в государственном реестре о праве собственности общества, что свидетельствует о злоупотреблении правом со стороны общества.

*(е) Злоупотребление ограниченным вещным правом*

Возможно злоупотребление и ограниченным вещным правом. Например, в соответствии с п. 1 ст. 276 ГК РФ сервитут может быть прекращен ввиду отпадения оснований, по которым он был установлен, по требованию собственника земельного участка, обремененного сервитутом. Если сервитуарий получил, например, самостоятельную возможность беспрепятственного проезда на свой участок, однако предпочитает пользоваться проездом через участок соседа на основании еще не отмененного сервитута, чтобы не разбивать свою дорогу в период осенней распутицы, такое поведение может быть признано злоупотреблением правом со стороны сервитуария. Если собственник земельного участка, обремененного сервитутом, воспрепятствует сервитуарию, негативный иск последнего подлежит отклонению со ссылкой на ст. 10 ГК РФ.

Другим примером недобросовестной реализации ограниченного вещного права можно считать довольно распространенную ситуацию, когда обладатель права пользования жилым помещением на основании ст. 19 Вводного закона к ЖК РФ ставит на регистрационный учет в спорном жилом помещении своего несовершеннолетнего ребенка с целью ограничения права нового собственника на владение и пользование спорным жилым помещением либо с целью затруднения реализации заложенного имущества по требованию залогодержателя, что иногда признается судами злоупотреблением правом.

**1.16. Другие примеры**

Перечислить все возможные варианты применения п. 1 ст. 10 ГК РФ в контексте различных гражданских правоотношений просто невозможно. Ранее были обозначены некоторые из них. Ряд других примеров будут кратко обозначены далее.

*(а) Злоупотребление правом требовать предъявления нотариальной доверенности при сдаче-приемке товара*

Статья 312 ГК РФ предоставляет должнику право отказать в признании полномочий представителя кредитора, желающего получить предоставление от должника от имени кредитора и предъявляющего



в качестве подтверждения своих полномочий обычную письменную доверенность на приемку, якобы выданную кредитором, если должник запросил у такого лица нотариальную доверенность, а тот ее не смог предъявить. В то же время следует рассматривать как недобросовестное осуществление этого права (ст. 10 ГК РФ) приостановление должником исполнения и запрос нотариальной доверенности в тех случаях, когда те же полномочия этого же лица (основанные на письменном документе или явствующие из обстановки) не вызвали у должника сомнений при взаимодействии с таким представителем кредитора ранее, кредитор подобные действия этого лица по принятию исполнения ранее признавал как совершаемые от своего имени и после этого не возникли те или иные обстоятельства, которые могли бы заставить должника усомниться в полномочиях из обстановки у данного лица.

*(б) Злоупотребление правом арендатора на перенем*

Постановлением Президиума ВАС РФ от 1 октября 2013 г. № 3914/13 признано, что в случае, когда основной целью перевода прав и обязанностей на нового арендатора земельного участка, который арендатор в силу положений закона мог совершить без согласия арендодателя, было избежать договорной ответственности или иных неблагоприятных последствий, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора аренды предыдущим арендатором, а равно предоставить необоснованные преимущества новому арендатору, такие действия необходимо квалифицировать как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ), а нового и старого арендаторов следует считать солидарными должниками арендодателя.

*(в) Злоупотребление солидарным должником, исполнившим обязательство, не воспользовавшись общими для всех содолжников возражениями, а затем заявившим регрессный иск к содолжникам*

Правила ст. 324 ГК РФ оставляют без внимания вопрос о последствиях неиспользования солидарным должником, к которому кредитор решил предъявить требование без привлечения в качестве соответчиков других содолжников, общих для всех содолжников возражений. Эта проблема чрезвычайно актуальна. Дело в том, что для выравнивающего воздействия произведенного одним из содолжников исполнения российское законодательство традиционно использует механизм регресса (см. ст. 325 ГК РФ), который представляет собой требование новое и самостоятельное, не зависящее от солидарных обязательств должников. Соответственно, из этой конструкции вытекает, что содолжник, к которому в порядке регресса предъявлен иск исполнившим содолжником, не может выдвигать против истца свои возражения, имевшиеся у него против кредитора. В связи с этим поведение со-

должника, не использовавшего общее возражение и исполнившего требование кредитора, может негативно влиять на положение других должников. Допустимым вариантом защиты таких должников против регрессного требования в отечественном правопорядке может выступать ст. 10 ГК РФ. Ее применение позволит блокировать регрессное требование в ситуации, когда исполнивший должник сознательно и недобросовестно проигнорировал допустимые общие возражения, либо обеспечить возмещение причиненных таким поведением убытков. При этом, однако, не должна исключаться принципиальная возможность для исполнившего должника доказывать разумность и общую выгоду своего поведения, исключая тем самым применение указанной нормы (см. подробнее п. «д» комментария к ст. 324 ГК РФ)<sup>1</sup>.

*(г) Злоупотребление правом при заключении кредитором и поручителем договора поручительства без согласия должника и во вред его интересам*

В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 в отношении случаев, когда кредитор договаривается с поручителем без согласия должника с целью причинить тот или иной вред интересам должника, указано, что само по себе отсутствие согласия должника на то, что кто-то выступит поручителем по его долгу, не порочит поручительство. Но «в том случае, если будут установлены согласованные действия кредитора и поручителя, направленные на заключение договора поручительства вопреки желанию должника и способные причинить такие неблагоприятные для него последствия, как изменение подсудности спора, переход к поручителю прав требования к должнику, несмотря на предусмотренный в основном обязательстве запрет уступки требований без согласия должника и т.п., суд вправе исходить из следующего. Согласно статье 10 ГК РФ не допускаются действия в виде злоупотребления правом, последствием допущенного нарушения является отказ в защите права. Таким образом, суд может не признать состоявшимся переход права к поручителю на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ или определить надлежащую подсудность спора между кредитором и должником (пункт 6 настоящего Постановления). Также в силу общих правил об обязательствах (статья 308 ГК РФ) на должника, доказавшего наличие обстоятельств, указанных в абзаце втором настоящего пункта, не могут быть возложены негативные последствия неисполнения обязанности по уведомлению поручителя, установленные в статье 366 ГК РФ».

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 167 (автор комментария к ст. 324 – А.А. Павлов).

*(д) Злоупотребление при выдаче независимой гарантии*

Если некая коммерческая фирма самочинно, не испрашивая согласие должника и не заключив с ним договор о выдаче в пользу кредитора независимой гарантии, выдала кредитору должника независимую гарантию в обеспечение долга последнего, далее погасила такой долг на основании требования кредитора и предъявила должнику регрессное требование, против которого, как известно, должник не может выдвигать возражения, которые были ему доступны против кредитора (в этом состоит ключевое отличие регресса от суброгации), налицо хитроумная попытка гаранта и кредитора, скорее всего, находящегося в сговоре, отсечь доступные должнику возражения. Решение данной проблемы видится в предоставлении должнику права выдвигать против регрессного иска такого навязчивого гаранта возражения, которые у должника имелись в отношении кредитора (бенефициара). Основой для такой позиции будут положения о невозможности извлечения выгоды из своего недобросовестного поведения и запрет на злоупотребление правом (п. 4 ст. 1, ст. 10 ГК РФ) (см. подробнее п. 1 комментария к ст. 368 ГК РФ)<sup>1</sup>.

*(е) Злоупотребление бенефициаром независимостью гарантии*

Судебная практика с опорой на ст. 10 ГК РФ выработала неизвестное закону основание для отказа гаранта в выплате по требованию бенефициара: бенефициару можно отказать в выплате, если он явно злоупотребляет своим правом (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1998 г. № 27). Тем самым идея независимости обязательств гаранта от обеспечиваемого обязательства существенно ослаблена. Самый типичный пример такой недобросовестности — это случай, когда бенефициар злонамеренно и умышленно требует от гаранта выплаты в ситуации, когда он уже получил ранее платеж по обеспеченному гарантией долгу от принципала. Аналогичного подхода придерживается и ВС РФ. Так, в одном из определений СКЭС ВС РФ указано следующее: «В качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар, уже получивший надлежащее исполнение по основному обязательству, в целях собственного неосновательного обогащения, действуя умышленно во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта» (Определение СКЭС ВС РФ от 12 августа 2015 г. № 305-ЭС15-4441).

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 499–502 (автор комментария к ст. 368 — *Р.С. Бевзенко*).

Более того, в практике ВС РФ встречаются указания на то, что при наличии явных признаков злоупотребления правом со стороны бенефициара отказ в выплате может быть признан допустимым не только в случае наличия у гаранта данных о получении бенефициаром платежа от принципала, но и при отсутствии обеспечиваемого обязательства. Так, в Определении СКЭС ВС РФ от 28 июля 2016 г. № 305-ЭС16-3999, в котором рассматривался вопрос о правомерности отказа в выплате по гарантии в ситуации, когда у гаранта имелись сомнения в возникновении обеспечиваемого гарантией обязательства по уплате неустойки, Суд, признавая отказ гаранта в выплате неправомерным, тем не менее указал: «В качестве исключения из общего принципа независимости банковской гарантии сложившаяся судебная практика рассматривает ситуацию, когда недобросовестный бенефициар в целях собственного неосновательного обогащения, действуя во вред гаранту и принципалу, требует платежа от гаранта в отсутствие обеспечиваемого обязательства. В этом случае иск бенефициара не подлежит удовлетворению на основании статьи 10 Гражданского кодекса». В другом деле СКЭС ВС РФ, не согласившись с правомерностью отказа в выплате, все же указала, что для подтверждения злоупотребления правом гарантом могли быть представлены доказательства, подтверждающие, что у подрядчика не возникло обеспечиваемое гарантией обязательство по возврату аванса (Определение СКЭС ВС РФ от 20 мая 2015 г. № 307-ЭС14-4641). Кроме того, есть основания предполагать, что в выплате может быть отказано по ст. 10 ГК РФ, если имеется вступившее в силу судебное решение, подтверждающее погашение долга должника иным, кроме фактического платежа, способом или его отсутствие. Так, если суд признал неправомерным расторжение договора и констатировал сохранение его в силе, требование бенефициара о выплате по гарантии, обеспечивавшей обязательство поставщика (принципала) по возврату предоплаты, является очевидным злоупотреблением правом.

В целом же общий принцип применения ст. 10 ГК РФ в данном контексте может быть такой: гарант вправе отказать в выплате по гарантии на основании злоупотребления правом, если у любого разумного лица на его месте с учетом доступной ему информации и без специального исследования состояния отношений между принципалом и бенефициаром не возникало бы абсолютно никаких сомнений в отсутствии (в том числе прекращении) обеспечиваемого обязательства и недобросовестности поведения бенефициара, пытающегося получить неосновательное обогащение. Одни сомнения (даже разумные) в наличии у бенефициара оснований для получения исполнения от принципала не могут послужить причиной для отказа в выплате

(см. подробнее п. 1.4–1.5 комментария к ст. 376 ГК РФ)<sup>1</sup>. Впрочем, даже если у гаранта были лишь сомнения, и он рискнул отказать в выплате, но затем к нему был предъявлен иск о взыскании долга по гарантии, все зависит от того, подтверждаются ли опасения гаранта. Если к моменту вынесения судом решения по данному спору уже вступит в силу решение по другому делу, в котором будет подтверждено отсутствие обеспечиваемого обязательства (например, признан недействительным договор, из которого вытекал обеспечиваемый долг) или его прекращение, суд, безусловно, откажет в удовлетворении иска к гаранту. Если такого вступившего в силу решения не будет, гарант может попытаться представить иные очевидные и абсолютно бесспорные доказательства отсутствия или прекращения обеспечиваемого обязательства. Но с учетом независимости гарантии и самой природы этого института суд при рассмотрении иска о выплате по гарантии не должен вовлекаться в исследование доказательств, подтверждающих изначальное отсутствие обеспечиваемого долга или его прекращение, если такое исследование потребует усилий и приведет к расширению предмета доказывания за счет охвата различных нюансов отношений принципала и гаранта. Например, суд, скорее всего, не будет рассматривать возражение гаранта о том, что договор, из которого вытекал обеспечиваемый долг, ничтожен, если бенефициар это не подтвердит и отсутствует вступивший в силу судебный акт, это подтверждающий, или что обеспечиваемый долг был погашен зачетом, если отсутствует соглашение, прямо указывающее на то, что зачет погашает именно этот долг принципала перед бенефициаром, а бенефициар отказывается признавать правомерность зачета и указывает на отсутствие своего встречного долга перед принципалом. Если изучение представленных гарантом доказательств не потребует серьезного исследования и доказываемое будет абсолютно очевидно без проведения экспертиз и многочисленных заседаний (например, представлены платежные документы о погашении обеспечиваемого долга или сам бенефициар признал, что долг был погашен), суд вряд ли проигнорирует такие доказательства и, скорее всего, откажет во взыскании по гарантии со ссылкой на ст. 10 ГК РФ, несмотря на то что на момент самого отказа в выплате у гаранта той же степени уверенности в отсутствии обеспечиваемого долга быть не могло. Но если гарант отказал в выплате на основании своих сомнений, и впоследствии в суде эти сомнения

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 530–532 (автор комментария к ст. 376 – *Р.С. Бевзенко*).

он не смог трансформировать в бесспорные доказательства отсутствия долга, его отказ в выплате ретроспективно признают неправомерным, гарант окажется находящимся в просрочке и с него будут взысканы как сам долг, так и неустойка или проценты годовые по ст. 395 ГК РФ за просрочку платежа. Иначе говоря, отказывая в выплате на основе своих подозрений в злоупотреблении бенефициаром своим правом потребовать выплаты по гарантии, гарант действует на свой риск.

*(ж) Злоупотребление правом на начисление пеней в период после того, как кредитор выразил свою волю на прекращение договора*

В судебной практике отражен подход, согласно которому суд вправе отказать во взыскании пеней, начисленных за период просрочки в исполнении обязательства после того, как кредитор изъявил желание расторгнуть договор в связи с данной просрочкой. Само это изъявление своей воли может не прекратить договор (так как кредитор не отказался от договора, а лишь инициировал иск о расторжении), но выражение соответствующего намерения сигнализирует об утрате кредитором интереса в получении реального исполнения, которое обеспечивается такой неустойкой. Исключение взыскания неустойки за данный период происходит на основании правил ст. 10 ГК РФ, несмотря на то что формально договор в указанный период все еще действует, и просрочка сохраняется (Определение СКЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435). Обоснованность такого решения вызывает определенные сомнения. Неустойка в форме пени является не только инструментом стимулирования реального исполнения, но и механизмом возмещения убытков кредитора. Тот факт, что кредитор предлагает должнику расторгнуть договор или подает иск о расторжении и выражает тем самым интерес в прекращении договора, не означает, что обязательство прекращено. Так как кредитор не может быть уверен в том, что должник согласится на расторжение или его иск о расторжении в будущем поддержит суд, кредитор вынужден исходить из действия договора и может продолжать нести убытки, вызванные просрочкой. Соответственно, неустойка может покрывать его убытки такого рода.

*(з) Злоупотребление должником своим правом исполнить обязательство в пользу изначального кредитора при неполучении уведомления о переходе права*

Согласно п. 3 ст. 382 ГК РФ, если должник не был уведомлен в письменной форме о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим неблагоприятных для него последствий, и обязательство должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до по-

лучения уведомления о переходе права к другому лицу. В то же время как минимум в случаях, когда должник, не получивший уведомление о переходе права, точно знает о переходе права, либо обстоятельства однозначно указывают на то, что он со всей очевидностью не мог не знать об этом, осуществление им исполнения в адрес первоначального кредитора может быть признано неправомерным в силу ст. 10 ГК РФ, и в его возражении против взыскания с него долга по иску цессионария может быть отказано. Например, такое знание может как минимум презюмироваться в ситуации, когда должник был аффилирован с цедентом.

*(и) Злоупотребление правом на взыскание абстрактных убытков*

Суды могут на основании ст. 10 ГК РФ отказать в иске о взыскании абстрактных убытков по правилам ст. 393.1 ГК РФ, если будет очевидно, что кредитор специально выбирал момент отказа от договора, с тем чтобы обосновать максимально возможную абстрактную ценовую разницу для ее последующего взыскания с контрагента. Например, если поставщик попал в просрочку по поставке нефти, а покупатель, видя рост цены на нефть на рынке, долго выжидал и отказался от договора только тогда, когда цена достигла потолка, а затем рассчитал механически образующуюся ценовую разницу и потребовал ее возмещения, такому покупателю может быть отказано в иске в соответствующей части на основании правил п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ (см. подробнее п. 2.4 комментария к ст. 393.1 ГК РФ)<sup>1</sup>.

*(к) Злоупотребление правом требования заключения публичного договора*

Согласно ст. 426 ГК РФ от стороны, обязанной заключить договор с любым, кто обратится, потребитель может требовать понуждения к заключению публичного договора в судебном порядке. При этом представляется, что в иске о понуждении к заключению публичного договора может быть отказано на основании п. 1 ст. 10 ГК РФ, если ранее аналогичный договор с этим же потребителем был правомерно расторгнут по инициативе субъекта публичного договора в связи с существенными его нарушениями и при этом потребитель до сих пор не рассчитался с субъектом публичного договора за произошедшие нарушения (не погасил образовавшийся долг, не покрыл убытки и т.п.). Иное решение поощряло бы очевидно недобросовестное осуществление прав.

---

<sup>1</sup> См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 653 (автор комментария к ст. 393.1 – В.В. Байбак).

*(л) Порочность поведения истца при совершении сделки как основание для отказа в иске о реституции на основании ст. 10 ГК РФ*

В ряде случаев ст. 10 ГК РФ может стать основанием для отказа в иске о реституции. Речь идет о требовании стороны недействительного договора возместить денежный эквивалент предоставленного им по сделке в ситуации, когда недействительность договора predetermined незаконным или противоречащим основам нравственности или правопорядка поведением истца, а присуждение компенсационной реституции может дезавуировать превентивный эффект соответствующего состава недействительности. В некоторых случаях в этом действительно может быть смысл. Например, представим, что лицо оказало услуги по написанию кандидатской диссертации по заданию некоего заказчика, собирающегося представить данную работу на защиту от своего имени. Не получив оплату за свои услуги, исполнитель предъявляет иск о взыскании долга. Признание договора ничтожным по ст. 169 ГК РФ может не возыметь превентивного эффекта, если исполнителю будет причитаться компенсационная реституция в виде возмещения денежного эквивалента оказанных услуг, а по общим правилам о недействительности она может причитаться (п. 2 ст. 167 ГК РФ). Ведь под видом такой компенсационной реституции исполнитель может фактически получить оплату своих услуг (пусть и не по согласованной в договоре цене), что можно признать не вполне соответствующим соображениям правовой политики и отчасти обесмысливающим саму ничтожность договора.

Более того, возможно, в иске о реституции следует отказывать и в иных случаях, когда порочность сделки является следствием вопиюще возмутительного поведения истца. Представим, например, что заказчик убийства требует возврата в порядке реституции уплаченных им наемному киллеру денег. В таких ситуациях считается, что суд просто не должен вникать в правовую обоснованность подобных требований и «марать себе руки» их рассмотрением.

Это ограничение известно праву многих зарубежных стран (см. подробнее п. 4 комментария к ст. 167 ГК РФ)<sup>1</sup>. В российском праве отказ в таком иске может опираться на п. 1 ст. 10 ГК РФ. Если же сделка совершена после 1 сентября 2013 г., суд может также опереться на положение п. 4 ст. 167 ГК РФ, согласно которому «[с]уд вправе не при-

---

<sup>1</sup> См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 467–469 (автор комментария к ст. 167 – Д.О. Тузов).



менять последствия недействительности сделки... если их применение будет противоречить основам правопорядка или нравственности».

*(м) Злоупотребление стороной сделки правом сослаться на ее мнимость или притворность в спорах с субъективно добросовестными третьими лицами*

Применение доктрины притворности или мнимости сделки и правила о приоритете истинной воли сторон над фиктивным волеизъявлением (ст. 170 ГК РФ) может в ряде случаев создать серьезные проблемы для третьих лиц (цессионариев, наследников, лиц, на которых право переводится в силу закона, новых должников, появляющихся в связи с переводом долга, залогодержателей, берущих в залог договорные права, и т.п.). Такие третьи лица, как правило, не знают о расхождении воли и волеизъявления. Соответственно, если допустить противопоставимость аргумента о притворности или мнимости субъективно добросовестным третьим лицам, это может серьезно дестабилизировать оборот и подорвать разумные ожидания. Да, в ряде случаев такие третьи лица могут попытаться защититься за счет тех или иных правил ГК РФ. Например, добросовестный покупатель вещи, купивший ее у мнимого собственника, которому данная вещь была передана неким чиновником в «понятийное держание» в целях сокрытия своих незаконных доходов и активов, может в ряде случаев добиться отклонения иска о виндикации, заявленного уволившимся и потерявшим стимулы скрывать свои активы чиновником, со ссылкой на правила добросовестного приобретения по ст. 302 ГК РФ. Но такое решение далеко не универсально и не защищает добросовестных третьих лиц во всех случаях. Например, в описанном примере третьим лицом мог быть одаряемый или еще не успевший внести полную оплату за вещь покупатель, которых правила добросовестного приобретения не защищают, или речь могла идти не об отчуждении вещи, а об отчуждении нерегистрируемого имущественного права, в отношении которого, к сожалению, российская судебная практика правила ст. 302 ГК РФ о защите добросовестного приобретателя по аналогии пока не применяет. Или приведем такой пример: представим, что цессионарий при взыскании долга сталкивается с аргументом должника о мнимости изначального договора займа и соответствующих расписок, которые подтверждали наличие уступленного права; cedent может подыграть должнику и подтвердить мнимость. В такой ситуации цессионарий может оказаться в крайне уязвимом положении, а правила ст. 302 ГК РФ о защите добросовестного приобретателя здесь неприменимы, так как речь идет не об отчуждении чужого, а об отчуждении в принципе отсутствующего актива.

Поэтому есть основания задуматься над тем, что норма о ничтожности притворной или мнимой сделки в принципе не может применяться по инициативе сторон сделки в их спорах с третьими лицами, добросовестно полагававшимися на действительность волеизъявления и его совпадение с истинной волей сторон. Такое положение закреплено в п. 2 ст. II.—9:201 Модельных правил европейского частного права. Нормативное основание для такого вывода в контексте российского права можно найти в п. 4 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ. Ссылка явно недобросовестных сторон сделки на ее притворный или мнимый характер в их спорах с добросовестными третьими лицами может рассматриваться с учетом конкретных обстоятельств как злоупотребление правом.

Впрочем, данное решение требует проработки ряда важных деталей. Например, следует решить, в чьей имущественной массе оказывается имущество, перепроданное мнимым собственником добросовестному третьему лицу. Если оно не попадало в собственность мнимого собственника в силу ничтожности исходной сделки, то в силу какого правового основания оно оказывается в собственности конечного покупателя? Не возникает ли здесь в результате применения такого решения относительная недействительность мнимой сделки, содержащей распорядительное волеизъявление (невозможность противопоставить ее ничтожность добросовестному третьему лицу), и, соответственно, относительная собственность (в отношениях между сторонами мнимой сделки собственность остается у изначального собственника, а для добросовестного приобретателя собственность в силу некой фикции будет считаться как бы находящейся у мнимого собственника, и именно от него она будет считаться перешедшей к приобретателю)? Данный вопрос требует дополнительной доктринальной проработки.

*(н) Злоупотребление правом на оспаривание сделки по основанию невменяемости в ситуации, когда такое состояние своего сознания в момент совершения сделки было спровоцировано самим лицом, оспаривающим сделку*

Пункт 1 ст. 177 ГК РФ позволяет полностью дееспособному лицу, совершившему сделку в невменяемом состоянии, оспорить ее. При этом закон не связывает допустимость оспаривания с вопросом о субъективной добросовестности контрагента. При буквальном прочтении закона получается, что даже если контрагент не мог знать о том, что партнер совершает волеизъявление в таком психическом состоянии, когда он не мог осознавать значение своих действий и руководить ими, сделка по иску пришедшего в себя лица может быть признана недействительной. Это решение само по себе очень спорно, но абсолютно несправедливым выглядит ситуация, когда данное психическое

состояние оспаривающей сделку стороны вызвано тем, что она сама ввела себя в такое состояние в результате злоупотребления наркотиками, алкоголем и другими подобными средствами. Как представляется, в подобных случаях в иске об аннулировании сделки может быть отказано по правилам ст. 10 ГК РФ, если контрагент субъективно добросовестен (см. подробнее п. 1.6 комментария к ст. 177 ГК РФ)<sup>1</sup>. Представим, что директор компании, находясь в нетрезвом состоянии после корпоративной вечеринки, подписал пришедшие от партнера экземпляры договора о сдаче имущества в аренду и распорядился отослать их партнеру. После того как от партнера поступило требование передать имущество в аренду, директор вспомнил о том, что он натворил, и инициировал иск об оспаривании сделки, ссылаясь на свою невменяемость в момент заключения договора. Если партнер абсолютно добросовестен и понятия не имел о данных обстоятельствах заключения договора, кажется справедливым защитить его разумное доверие.

*(о) Злоупотребление правом участника общества на доступ к информации*

Согласно п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 144 общество может отказать в удовлетворении требования участника общества о предоставлении ему информации о деятельности общества (т.е. ограничить информационные права участника), если будет доказано наличие в действиях участника злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Так, о злоупотреблении участником правом на информацию может свидетельствовать то, что участник, обратившийся с требованием о предоставлении информации, является фактическим конкурентом хозяйственного общества (либо его аффилированным лицом), а запрашиваемая информация носит характер конфиденциальной, относится к конкурентной сфере, и ее распространение может причинить вред коммерческим интересам общества. Как указывает ВАС РФ, исследуя вопрос о злоупотреблении правом на информацию, судам необходимо иметь в виду, что о наличии у участника правомерного интереса в получении информации могут свидетельствовать, например, планирование истцом продажи своих акций или доли в уставном капитале (в том числе в ходе процедур банкротства истца), подготовка к обращению в суд с требованием об оспаривании решения органа или договора хозяйственного обще-

<sup>1</sup> См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 724–725 (автор комментария к ст. 177 – А.А. Павлов).

ства либо о привлечении к ответственности органов общества, а также подготовка к участию в общем собрании акционеров.

*(н) Злоупотребление конструкцией юридического лица*

В ряде случаев суд может признать злоупотребление участником общества привилегией ограниченной ответственности участника корпорации и автономным характером сущности юридического лица. Например, если единственный участник общества, возглавляя общество, упорно игнорировал автономность юридического лица, не разделял имущество общества и свое личное имущество и использовал конструкцию юридического лица исключительно как фасад, могут открываться условия для проникновения за «корпоративную вуаль» и привлечения участника к ответственности по долгам общества, а также к иным правовым решениям, основанным на отождествлении общества и данного участника. В такого рода случаях ссылка участника на независимость общества может с учетом конкретных обстоятельств быть проигнорирована и отвергнута на основании ст. 10 ГК РФ.

Впрочем, здесь всплывает множество сложных вопросов корпоративного права, которые заслуживают отдельного обсуждения.

*(р) Недобросовестное использование процессуальных прав*

Как уже отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 1 ГК РФ, принцип добросовестности проник и в область процессуального права. Поэтому суд может отказать в реализации того или иного процессуального права со ссылкой на злоупотребление оным.

Например, явным злоупотреблением представляется предъявление заведомо необоснованных исков как с исключительной целью причинить вред ответчику (чистая шикана), так и в целях недобросовестного создания тех или иных преимуществ для истца (например, когда с помощью подачи таких исков истец пытается причинить вред прямому конкуренту или создать повод для шантажа и принуждения к тем или иным уступкам по каким-то иным вопросам).

Классическое злоупотребление процессуальным правом может происходить в форме осуществления прав в целях затягивания процесса. Впрочем, эти вопросы выходят за рамки комментария к ГК РФ.

## **2. Санкции за злоупотребление правом**

Согласно комментируемой норме базовым последствием злоупотребления правом является отказ в защите права полностью или частично.

Как уже отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 1 ГК РФ, российская судебная практика исходит из того, что принцип добросовестности применяется судом не только по заявлению, возражению одной из сто-

рон, но и по собственной инициативе; в последнем случае суд обязан поставить вопрос о возможной недобросовестности на обсуждение сторон (п. 1 Постановления Пленума ВФ РФ от 23 июня 2015 г. № 25) (см. подробнее п. 3.11 комментария к ст. 1 ГК РФ).

Последствия различных видов злоупотреблений правом подробно разбирались в контексте конкретных примеров в комментарии к п. 1 настоящей статьи. Здесь лишь вкратце напомним о них.

Если речь идет о праве на использование юрисдикционного способа защиты (например, права кредитора на взыскание долга по суду либо права стороны на оспаривание сделки или расторжение договора по суду), применение доктрины злоупотребления правом состоит в том, что суд отказывает в соответствующем иске в целом или в части.

В тех случаях, когда злоупотребление состоит в попытке воспользоваться неким возражением (например, возражением об истечении давности), отказ в защите права выливается в отказ суда учитывать такое возражение.

Когда злоупотребление заключается в попытке недобросовестно «перехватить» требование кредиторов по правилам ст. 313 ГК РФ с целью взять под контроль начавшуюся или ожидаемую процедуру банкротства и при этом причинить ущерб конкретному кредитору, чье требование таким образом «перехватывается», применение ст. 10 ГК РФ позволяет суду не признать состоявшимся переход требования по правилам о суброгации.

Когда злоупотребление выражается в заключении того или иного договора, суд, по российской практике, признает весь договор недействительным, применяя ст. 10 ГК РФ в сочетании со ст. 168 ГК РФ. Отказ в защите права ссылаться на формальную заключенность договора по сути превращается в признание договора ничтожным.

Если злоупотребление состоит в навязывании слабой стороне договора (а в некоторых случаях — и при отсутствии неравенства переговорных возможностей) несправедливых условий договора, применение ст. 10 ГК РФ блокирует попытки соответствующей стороны сослаться на несправедливое условие в суде в качестве основания для своего иска или в качестве основания для выдвижения возражений. Несправедливое условие договора в таких ситуациях не подлежит судебному признанию. По сути, это похоже на признание данного условия договора не имеющим юридической силы (ничтожным), но некоторые различия все же возникают.

Если злоупотребление касается осуществления некоего секундарного права (например, на одностороннее изменение или определение условий договора, на отказ от договора), то отказ в защите права

выглядит как непризнание в целом или в части юридической силы состоявшейся односторонней сделки (т.е. по сути о признании такой сделки ничтожной в целом или в части).

В ряде случаев законодательные нормы предписывают специальные последствия совершения того или иного злоупотребления. Так, например, антимонопольное законодательство может предусматривать специальные санкции за недобросовестную конкуренцию, злоупотребление доминирующим положением на рынке или совершение действий, направленных на ограничение конкуренции. Кроме того, если такое злоупотребление представляло собой совершение сделки, она будет считаться ничтожной в связи с противоречием законодательному запрету на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ.

Если злоупотребление правом состояло в обходе закона, суд признает применимыми те нормы закона, на обход которых была направлена воля сторон.

Когда суд констатирует недобросовестную апелляцию к ничтожности сделки одной из ее сторон, которая ранее своим поведением давала другим лицам основания считать, что сделка действительна (например, сама исполняла ничтожный договор), суд согласно п. 5 ст. 166 ГК РФ может проигнорировать ничтожность договора и вынести решение, которое он вынес бы, будь сделка действительна. По сути, речь идет о фактической конвалидации ничтожного договора, хотя вопрос о том, можно ли в таких обстоятельствах говорить о конвалидации, является предметом научной полемики.

Лицо, страдающее от длящегося злоупотребления правом, также может воспользоваться таким средством защиты, как иск о пресечении неправомерных действий, упомянутый среди различных способов защиты нарушенного права в ст. 12 ГК РФ (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 53-КГ17-12).

Наконец, злоупотребление правом может представлять собой деликт и влечь привлечение делинквента к деликтной ответственности либо нарушение подразумеваемого в силу п. 3 ст. 307 ГК РФ договорного обязательства не осуществлять свое право тем или иным образом и влечь привлечение стороны сделки к договорной ответственности. См. подробнее комментарий к п. 4 ст. 10 ГК РФ.

Как мы видим, лицо, пострадавшее в результате злоупотребления правом, имеет доступ к целому арсеналу средств защиты, который намного шире, чем упомянутый в п. 2 комментируемой статьи отказ в защите права. Развитие судебной практики может уточнять и конкретизировать этот арсенал с учетом специфики конкретного права и характера злоупотребления.

### **3. Последствия совершения действий с целью обхода закона**

Понять смысл включения в 2013 г. в ст. 10 ГК РФ этой бессмысленной нормы достаточно сложно. В ней говорится о том, что в ответ на обход закона суд отказывает в защите права, если иные последствия не предусмотрены в ГК РФ. Иначе говоря, норма намекает на то, что в ГК РФ могут быть предусмотрены особые последствия обхода закона, не связанные с отказом в защите права. Но нет никаких сомнений, что и в случае других злоупотреблений специальные нормы могут предусмотреть какие-то иные специфические правовые санкции, не связанные с отказом в защите права. Никакой специфики у обхода закона в данном случае нет. Более того, никаких особых последствий обхода закона в ГК РФ не указано, а та санкция, которая является в реальности ключевой при обходе закона, — применение тех самых норм, гипотезы которых лицо пыталось злонамеренно обойти за счет той или иной эквилибристики с юридическими конструкциями, — закреплена отнюдь не в ГК РФ, а на уровне практики ВС РФ (см. подробнее подп. «б» п. 1.5 комментария к настоящей статье).

В общем, включение этой нормы в ГК РФ в рамках реформы 2013 г. иначе, как недоразумением, назвать нельзя.

### **4. Злоупотребление правом как основание для взыскания убытков**

Согласно комментируемому пункту, если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

Как уже отмечалось, злоупотребление правом всегда неправомерно. Закон запрещает недобросовестное поведение, и недобросовестное осуществление прав в частности, соответственно, недобросовестное поведение нарушает данный запрет и посему неправомерно. Особенность данной конкретной формы неправомерности состоит лишь в том, что конкретное содержание требуемого стандарта поведения кристаллизуется судом при разрешении спора *ex post* и *ad hoc* как минимум до того момента, пока соответствующий стандарт не прояснен в практике ВС РФ и не приобрел значение полноценной правовой позиции, подлежащей применению нижестоящими судами на будущее (пока не откроются причины уточнить или скорректировать саму эту позицию).

Неправомерность же является одним из условий для защиты пострадавшего путем взыскания возникших у него убытков. Но проблема состоит в том, что для возмещения убытков согласно ст. 15 ГК РФ необходима не просто незаконность поведения, а нарушение прав пострадавшего лица. Далекое не во всех случаях злоупотребление

правом будет нарушать конкретное субъективное право конкретного лица. Так, например, при недобросовестном обходе публичного закона, направленного на защиту общественного интереса, поведение неправомерно, но обнаружить конкретное пострадавшее частное лицо, чьи права таким злоупотреблением были нарушены, затруднительно, поскольку нарушены публичные, общественные интересы. Но в тех ситуациях, когда злоупотребление нарушает право конкретного лица, последнее в силу правила комментируемого пункта вправе требовать возмещения убытков. Кроме того, как будет показано ниже, в ряде случаев взыскание убытков возможно и при отсутствии нарушения какого-то конкретного права пострадавшего.

#### ***4.1. Взыскание убытков при злоупотреблении договорным правом***

Сторона договора должна исполнять договор и осуществлять права по нему добросовестно (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Соответственно, договор накладывает на стороны не только те требования к активному поведению и ограничения, которые предусмотрены в конкретных нормах закона, иных правовых актах, установлены в сделке или вытекают из обычаев, но и те, которые следуют из доброй совести. Если сторона осуществляет свои договорные права вопреки доброй совести, она нарушает соответствующие прямо не отраженные в формальных элементах права, но подразумеваемые в силу доброй совести ограничения, а значит, и корреспондирующие им права партнера (так как в рамках обязательственного правоотношения обязанностям одного лица корреспондирует право другого). Следовательно, злоупотребившая своим правом сторона может быть присуждена к взысканию убытков. Формальных препятствий к этому нет. И комментируемая норма это подтверждает.

Во всех подобных случаях осуществления договорных прав в нарушение вытекающих из доброй совести запретов речь идет о нарушении обязанности не злоупотреблять договорным правом, а следовательно, ответственность подчиняется режиму договорной ответственности по правилам гл. 25 ГК РФ. В частности, в силу ст. 393 ГК РФ взыскиваться должна такая сумма убытков, которая поставит пострадавшего в то материальное положение, в котором он находился бы, если бы недобросовестная сторона не злоупотребила своим правом.

В ряде случаев возможность взыскания убытков не вызывает никаких сомнений. Речь идет, например, о тех ситуациях, когда ст. 10 ГК РФ обессиливает отказ от договора или его изменение и, соответственно, лишает признаков правомерности последовавшие действия отказавшейся или изменившей договор стороны, основанные на ошибочном допущении того, что ее волеизъявление имело юридический



эффект. Например, если арендодатель недобросовестно воспользовался своим правом на отказ от договора в ситуации, когда после возникновения такого права в связи с нарушением договора арендатором он своим поведением давал арендатору понять, что не считает допущенное нарушение достаточным основанием для расторжения договора, а впоследствии неожиданно решил подорвать возникшие разумные ожидания, заявив об отказе от договора, несмотря на то что нарушение более не продолжается и не повторялось, суд может не только признать отказ несостоявшимся (ничтожным) на основании правила об эстоппеле (п. 4 и 5 ст. 450.1 ГК РФ), но и привлечь арендодателя, ошибочно посчитавшего договор прекращенным и переставшего в связи с этим исполнять договор, к ответственности за уклонение от исполнения договора по правилам ст. 393 и 393.1 ГК РФ. Здесь взыскание убытков является следствием не столько самого злоупотребления, сколько дальнейшего поведения стороны договора, лишённого признака правомерности в связи со злоупотреблением правом на отказ от договора.

Другой пример: если кредитор злоупотребил своим правом на отказ от принятия частичного исполнения, предусмотренным в ст. 311 ГК РФ, и отказался принимать поставленные 99,99 т из положенных 100 т сыпучего груза, его поведение квалифицируется как просрочка кредитора, а последняя в силу ст. 406 ГК РФ даёт должнику право на взыскание убытков (это могут быть, в частности, расходы на обратную транспортировку поставленной партии).

Но взыскание убытков допускается и в тех случаях, когда они являются непосредственным следствием злоупотребления. Например, если кредитор злоупотребил своим правом на уступку требования, уступив требование о взыскании с должника, являющегося юридическим лицом, долга по частям десятку разных кредиторов, в том числе физическим лицам, вынуждая должника многократно судиться в судах общей юрисдикции с десятком разных цессионариев вопреки согласованному в договоре условию о подсудности споров конкретному арбитражному суду и вынуждая к доказыванию отсутствия оснований к взысканию с него долга и наличия у него соответствующих возражений во множестве разных судебных процессов, должник может попытаться признать такие частичные уступки недействительными на основании правил ст. 10 и 168 ГК РФ, но для этого ему придется доказывать, что все цессионарии были в сговоре с cedentом и знали друг о друге. Это может быть непросто. Соответственно, должник может выбрать и иной путь защиты, а именно подать к cedенту иск о возмещении убытков, вызванных необходимостью нести повышенные судебные издержки в связи с множеством судебных процессов.

Другой пример: согласно п. 133 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 выплата согласованного между работником (автором служебного изобретения) и работодателем вознаграждения автору осуществляется в течение срока действия патента, и в случае досрочного прекращения действия патента на изобретение (ст. 1399 ГК РФ) выплата вознаграждения прекращается, но если досрочное прекращение действия патента на изобретение осуществлено с целью прекращения выплаты вознаграждения (например, изобретение продолжает использоваться в производстве), работник (автор) вправе требовать от работодателя возмещения убытков (п. 1 и 4 ст. 10 ГК РФ). Иначе говоря, ВС РФ исходит из того, что договорное отношение между работником (автором изобретения) и работодателем подразумевает в силу принципа добросовестности запрет на отказ работодателя от патентных прав в целях «стряхивания» обязательств по выплате автору вознаграждения, поэтому, если будет установлено такое поведение работодателя, налицо нарушение данного запрета и основания для взыскания договорных убытков.

В принципе, все вышесказанное касается и злоупотреблений правами, вытекающими из иных, внедоговорных обязательственных отношений, а также иных относительных правоотношений. Например, злоупотребление правом, вытекающим из корпоративных правоотношений, может повлечь взыскание убытков по правилам комментируемого пункта и норм ст. 393 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств, так как в силу ст. 307.1 ГК РФ к корпоративным правоотношениям по общему правилу применяются правила об обязательствах, а значит, и правило п. 3 ст. 307.1 ГК РФ о вытекающих из принципа добросовестности дополнительных правах и обязанностях и такая санкция за нарушение обязательства, как взыскание убытков по модели позитивного договорного интереса (ст. 393 ГК РФ).

#### ***4.2. Взыскание убытков при злоупотреблении иными правами***

Когда речь идет о злоупотреблении иными, не вытекающими из уже существующего обязательственного правоотношения правами, недобросовестная сторона нарушает не конкретное право пострадавшего, а, скорее, его законный интерес. Речь здесь идет о деликте и взыскании чистых экономических убытков (*pure economic loss*).

Чистые экономические убытки подлежат взысканию с лица, чье неправомерное (в том числе недобросовестное) поведение не причинило вред здоровью, неприкосновенности личности, ее чести и достоинству, деловой репутации, имуществу и иным абсолютным правам пострадавшего, а состоит в непосредственном провоцировании чисто финансовых потерь (как расходов, так и упущенной выгоды). Здесь

взыскиваемые финансовые потери являются не следствием посягательств на абсолютные права истца, а возникают у последнего непосредственно в связи с правонарушением.

В целом развитие судебной практики ВС РФ в последние несколько лет демонстрирует либеральное отношение к взысканию чистых экономических убытков деликтным иском (определения СКЭС ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-14652, от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540, от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368, от 22 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19319; Определение СКГД ВС РФ от 10 марта 2015 г. № 16-КГ14-37). Во многих из таких случаев речь шла о том, что финансовые потери возникали у пострадавшего в результате нарушения ответчиком конкретных законодательных норм (необоснованная выдача сертификата соответствия, фальсификация доказательств, обман при заключении сделки и т.п.). Вместе с тем в ряде случаев в действиях ответчика нельзя найти нарушение какой-либо конкретной нормы закона, но речь идет о недобросовестности, т.е. о нарушении общего запрета недобросовестности, закрепленного в п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ. В таком случае налицо неправомерность поведения, и открываются основания для взыскания убытков на основании правила комментируемого пункта по общим правилам деликтной ответственности.

Как в этом контексте оценить тот факт, что комментируемая норма говорит о возможности взыскания убытков в случаях, когда злоупотребление правом влечет *нарушение права* пострадавшего?

В ряде ситуаций даже буквальное применение данной нормы позволяет обосновать взыскание убытков. Например, иногда побочным, косвенным последствием злоупотребления одного лица может оказаться нарушение неким должником своего обязательства перед кредитором. Речь идет о так называемой недобросовестной интервенции. В подп. «е» п. 1.9 комментария к настоящей статье речь шла о недобросовестной интервенции третьего лица в чужие обязательственные отношения в форме совершения третьим лицом сделки с должником по обязательству, которая неминуемо приводит к нарушению прав кредитора по данному обязательству. Как мы показали, российские суды начали признавать такие сделки недействительными по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ, считая подобную интервенцию злоупотреблением правом тогда, когда установлено, что третье лицо знало или со всей очевидностью не могло не знать о подобных негативных для кредитора последствиях совершения данной сделки (например, осознанно приобретает у должника, решившего вывести свои ликвидные активы из-под приближающегося взыскания или из-под ареста, данные активы по бросовой цене или в дар, либо приобретает имущество,

которое должник должен был передать своему кредитору по ранее заключенному договору, либо совершает иную сделку с должником, которую тот своему кредитору по договору обещал не совершать). Но признание недействительной подобной сделки не единственный способ защиты прав кредитора. В частности, иногда оспаривание сделки не является эффективным, так как купленное третьим лицом по сговору с должником имущество было уже им перепродано добросовестному приобретателю, виндицировать имущество у которого может помешать ст. 302 ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 78-КГ19-4). Обоснование возможности взыскания убытков в такой ситуации вполне возможно со ссылкой на букву комментируемого пункта в его дословном понимании: а) налицо злоупотребление недобросовестным интервентом свободой договора, и б) оно в конечном счете привело к нарушению обязательственного права кредитора (нарушению, совершенному должником, но спровоцированному недобросовестным интервентом).

Соответственно, кредитор может привлечь третье лицо, допустившее злоупотребление свободой договора во вред кредитору (первому покупателю), осознанно спровоцировавшее должника на нарушение прав кредитора или вступившее с таким должником в сговор во вред интересам истца как кредитора, к деликтной ответственности и потребовать возмещения убытков. В праве многих стран деликтная ответственность интервента первична, а аннулирование его сделок с должником — явление куда более редкое. Кредитор может привлечь недобросовестного интервента к солидарной ответственности наряду с должником. Тот факт, что ответственность первого носит деликтный характер, а ответственность второго — характер ответственности за нарушение обязательства, не препятствует возникновению солидаритета, так как в силу сложившейся судебной практики правовая разнородность требований кредитора к солидарным должникам не является препятствием для применения правил о солидаритете.

Более того, деликт недобросовестной интервенции в чужие обязательственные отношения может происходить не только в форме совершения интервентом некой сделки с должником по обязательству. Это могут быть и иные действия, обусловившие нарушение должником своих обязательств перед кредитором или невозможность исполнения должником своего обязательства, если установлено, что третье лицо осознанно и умышленно спровоцировало нарушение прав кредитора. В ряде случаев такие действия могут быть квалифицированы как злоупотребление правом. Например, если контролирующий общество акционер дает руководству общества указание не исполнять заклю-

ченный обществом договор и тем самым провоцирует нарушение прав другой стороны данного договора, этот акционер злоупотребляет своей корпоративной властью во вред контрагенту общества, и последний может привлечь такого акционера к деликтной ответственности за недобросовестную интервенцию (солидарно с самим обществом).

Впрочем, следует отметить, что обширной практики взыскания с недобросовестных интервентов убытков посредством предъявления и удовлетворения деликтного иска пока не наблюдается. Но с учетом того, что за последние несколько лет на уровне практики ВС РФ наметилась тенденция либерального отношения к другим формам взыскания чистых экономических убытков деликтным иском, а также общего бурного развития практики аннулирования сделок с недобросовестным интервентом, появление положительной практики о взыскании с недобросовестных интервентов убытков деликтным иском, возможно, не за горами.

Однако как быть в иных ситуациях, когда злоупотребление правом одного лица не имеет такого косвенного последствия, как нарушение некоего относительного или абсолютного права другого лица, но причиняет последнему убытки? Как представляется, и в такой ситуации взыскание убытков возможно при соблюдении условий допустимости деликтного иска о взыскании чистых экономических убытков. Упоминание нарушения права как условия взыскания убытков закреплено и в ст. 15, и в п. 1 ст. 1064 ГК РФ, но это не мешает судам постепенно развивать практику взыскания чистых экономических убытков, не являющихся следствием первичного посягательства на некие абсолютные или относительные права истца, деликтным иском. В таких ситуациях убытки взыскиваются, когда неправомерное поведение одного лица причиняет ущерб законным интересам другого, провоцируя у последнего возникновение финансовых потерь. Положение комментируемого пункта следует толковать расширительно: убытки подлежат взысканию и тогда, когда очевидное злоупотребление правом было направлено против конкретного потерпевшего и был нарушен его законный интерес не нести финансовые потери в результате таких злоупотреблений. По сути, здесь логично говорить о нарушении законного интереса в неприкосновенности своей имущественной сферы.

Но вопрос о взыскании чистых экономических убытков в рамках деликтного иска очень дискуссионный и серьезно обсуждается в разных правовых порядках. Одни относятся к такой сфере применения деликтного права более благосклонно, другие ограничивают возможность взыскания чистых экономических убытков и допускают их в строго определенных случаях. Однако, как правило, все признают возмож-

ность такого иска в тех случаях, когда действующее неправомерно лицо либо специально желало возникновения убытков у соответствующих потерпевших, либо осознавало, что такие убытки у них возникнут. См. подробнее п. 1.2 комментария к ст. 15 ГК РФ.

В контексте ситуации с заведомо недобросовестным осуществлением права такая характеристика поведения не во всех, но в большинстве случаев налицо, а соответственно, независимо от того, как наше право в целом будет относиться к взысканию чистых экономических убытков деликтным иском, в данном случае основания для взыскания убытков имеются. Речь прежде всего идет о шикане, которая специально нацелена на причинение вреда другому лицу. Но и в ряде других случаев злоупотребления правом поведение лица может быть сопряжено с умышленным причинением вреда, и тогда открываются условия для возмещения вреда. В контексте таких ситуаций убытки должны взыскиваться деликтным иском на основании правил гл. 59 ГК РФ. Так, например, есть все основания для взыскания деликтным иском убытков, возникших в результате предъявления заведомо необоснованных гражданских исков. Это может быть как шикана (например, при предъявлении таких исков в связи с личной неприязнью и желанием навредить), так и попытка за счет вовлечения пострадавшего в судебный процесс реализовать свои неблагоприятные цели (например, сорвать важную сделку по приобретению ответчиком какого-либо актива, чтобы приобрести данный актив самому; обрушить капитализацию ответчика и скупить его акции по дешевке; приобрести рычаг на переговорах с ответчиком по какой-то иной сделке и т.п.). Если установлено, что данный иск был заведомо безоснователен и у истца не могло быть сомнений в отсутствии таких оснований, ответчик может после победы в споре потребовать возмещения не только судебных издержек в соответствии с обычными процессуальными правилами возмещения таких издержек, но и иных убытков (включая упущенную выгоду). Данный иск должен подчиняться общим правилам деликтной ответственности.

Еще один пример — злоупотребление правом на направление личных обращений в государственные органы и органы местного самоуправления. Согласно п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3, если гражданин обращается в государственные органы с заявлением, в котором приводит те или иные сведения (например, в правоохранительные органы с сообщением о предполагаемом, по его мнению, или совершенном либо готовящемся преступлении), но эти сведения в ходе их проверки не находят подтверждения, данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для привлечения

этого лица к гражданско-правовой ответственности, предусмотренной ст. 152 ГК РФ, поскольку в указанном случае имела место реализация гражданином конституционного права на обращение в органы, которые в силу закона обязаны проверять поступившую информацию, а не распространение не соответствующих действительности порочащих сведений. Но в то же время требования о привлечении к гражданской ответственности в соответствии со ст. 152 ГК РФ (в том числе о взыскании убытков и (или) морального вреда) могут быть удовлетворены «в случае, если при рассмотрении дела суд установит, что обращение в указанные органы не имело под собой никаких оснований и продиктовано не намерением исполнить свой гражданский долг или защитить права и охраняемые законом интересы, а исключительно намерением причинить вред другому лицу, то есть имело место злоупотребление правом (пункты 1 и 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации)». В современных условиях, когда после реформы 2013 г. злоупотребление правом видится не только в шикане, сужать сферу применения такого деликтного притязания только до тех случаев, когда заявитель действовал исключительно с намерением причинить вред, нет оснований. Убытки могут взыскиваться и тогда, когда мотивация лица, написавшего заведомо ложное обращение в тот или иной государственный орган, была заведомо недобросовестной, но все же более сложной (например, попытка за счет такого давления склонить к какой-либо уступке на переговорах).

Можно привести и такой пример. Согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № 3894/14 в случае злоупотребления правом в виде согласованного манипулирования ценами на торгах недобросовестные участники торгов обязаны возместить убытки, связанные с организацией и проведением торгов, признанных недействительными, а также убытки, причиненные другим участникам аукциона. Недобросовестное поведение участников на торгах может повлечь нарушение прав и законных интересов других добросовестных участников торгов (например, тех, кто эти торги выиграл, не зная о соответствующем нарушении, а затем столкнулся с аннулированием заключенной по результатам торгов сделки).

Еще более очевидный пример — взыскание убытков, возникших у лица в результате злоупотребления доминирующим положением, злоупотреблений, направленных на ограничение конкуренции или недобросовестную конкуренцию. Такая возможность прямо признана в ч. 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции.

Как представляется, возможно взыскание деликтным иском убытков с мажоритарного участника в пользу миноритарного, если первый

злоупотребляет своими корпоративными правами в ущерб последнему (деликт притеснения миноритария).

Но здесь следует напомнить, что допустимость взыскания деликтным иском убытков при отсутствии нарушения конкретного абсолютного личного неимущественного или имущественного права (чистых экономических убытков) является предметом жарких споров. Поэтому в конечном счете ответ на вопрос о пределах допустимого применения п. 4 ст. 10 ГК РФ зависит от общего решения вопроса о пределах взыскания чистых экономических убытков. См. подробнее о данной проблеме п. 1.2 комментария к ст. 15 ГК РФ.

## **5. Презумпция добросовестности**

Комментируемый пункт указывает на то, что при возникновении споров добросовестность и разумность поведения лица презюмируются. Недобросовестность представляет собой особую форму неправомерного поведения, а неправомерность как минимум по общему правилу презюмироваться не должна.

Эта норма расположена не вполне удачно. Ее место в ст. 1 ГК РФ, в том же пункте, в котором закреплен принцип добросовестности, так как презумпция добросовестности распространяется не только на случаи, когда возникает спор о недобросовестном осуществлении права (злоупотреблении правом), но и на случаи, когда речь идет об иных формах недобросовестного поведения (например, о нарушении вытекающих из доброй совести дополнительных договорных обязанностей).

Согласно господствующей позиции, эта норма применима как к объективной, так и к субъективной добросовестности. Поэтому далее мы попытаемся проанализировать ее значение отдельно для двух этих контекстов использования понятия добросовестности.

### **5.1. Презумпция объективной добросовестности**

В рамках проблематики объективной добросовестности смысл комментируемой нормы не в том, что суд может признать одну из сторон недобросовестной, только если другая сторона об этом просит. Дело в том, что суд может применить добрую совесть (т.е. вывести из принципа добросовестности некое правило и применить его в контексте конкретного спора) и по собственной инициативе (поставив предварительно свою догадку о возможной недобросовестности на обсуждение сторон), как это прямо указано в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

Может показаться, что комментируемая норма должна пониматься в том смысле, что во всех ситуациях на стороне, которая обвиняет другую в недобросовестном поведении (например, в злоупотреблении



правом или неисполнении некой вытекающей из доброй совести обязанности), лежит бремя доказывания соответствующего поведения. Но с этим никак нельзя согласиться.

Распределение бремени доказывания соответствующего фактического обстоятельства в принципе осуществляется не в соответствии с п. 5 ст. 10 ГК РФ, а в соответствии с общими принципами доказательственного права. Например, если из доброй совести, по мнению суда, разбирающего спор, или в силу правовой позиции ВС РФ вытекает, что лицо А должно проинформировать о чем-то лицо Б, и последнее обвиняет первое в нарушении данной обязанности, естественно, в силу принципа, согласно которому «негативные факты» по общему правилу не доказываются, будет действовать презумпция того, что А такое уведомление не посылало и тем самым нарушило выводимое из доброй совести требование, и именно лицу А надо будет в суде представить доказательства направления уведомления. Когда для лица, утверждающего о несовершении оппонентом тех или иных активных действий, доказывание данного обстоятельства невозможно или крайне затруднено, а оппонент может легко доказать, что он соответствующее действие совершал, бремя доказывания должно переноситься на оппонента. То же и в ситуации, когда одна сторона обвиняет другую в том, что последняя злоупотребила своим правом не давать согласие на совершение некой сделки: если другая сторона утверждает, что она согласие давала и требование доброй совести, соответственно, не нарушала, именно ей надо будет доказать данное обстоятельство. Если же сторона обвиняет соседа в том, что он злоупотребил своим правом собственности, перекрыв течение ручья, который ранее тек на участок истца, факт перекрытия должна доказать именно эта сторона, а не сосед. Иначе говоря, иногда соответствующие фактические обстоятельства, свидетельствующие о нарушении одной из сторон требований, выводимых из принципа доброй совести, будет доказывать та сторона, которая обвиняет другую в недобросовестности, а иногда доказывать соблюдение таких требований будет сторона, чья добросовестность поставлена под сомнение. Правило п. 5 ст. 10 ГК РФ к этим вопросам установления фактов не относится.

Презумпция добросовестности означает лишь, что суд должен исходить из презумпции того, что соответствующее формальным элементам права поведение участника спора правомерно, и включать режим коррекции *ex post* во имя справедливости только при наличии уверенности суда в недобросовестности соответствующей стороны и необходимости коррекции судом формальных элементов права. Иначе говоря, презюмируется, что поведение стороны, соответствующее иным конкретным

нормам закона, правомерно. Выводить из принципа добросовестности некие новые требования и ограничения, неизвестные формальным элементам права, и опрокидывать их на стороны спора ретроспективно следует только тогда, когда либо несправедливость исхода, основанного на формальных элементах, очевидна, либо когда спор в принципе не может быть разрешен на основе таких формальных элементов (как, например, в случае истинного, формально-логического пробела в праве). Распределение же бремени доказывания конкретных фактических обстоятельств, влияющих на выводы суда о добросовестности, должно осуществляться исходя из обычных правил доказательственного права.

### ***5.2. Презумпция субъективной добросовестности***

Как уже отмечалось, комментируемая норма воспринимается многими как относящаяся не только к объективной добросовестности, но и к добросовестности субъективной.

Напомним, что при определении субъективной добросовестности исследуется вопрос о том, знало ли лицо или должно ли было оно знать о тех или иных значимых правовых обстоятельствах. Данный вопрос приобретает значение в тех случаях, когда в силу закона или судебной практики такое значение или неизвинительное незнание одной из сторон имеет некое правовое значение и обуславливает применение тех или иных выгодных или невыгодных для этой стороны последствий (например, при рассмотрении иска о vindикации вещи у добросовестного возмездного приобретателя по ст. 302 ГК РФ, при оспаривании сделок по п. 1 ст. 174 или ст. 173.1 ГК РФ, при защите видимости полномочий по п. 2 ст. 189 ГК РФ и др.).

Как уже отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 1 ГК РФ, вопрос о том, знало ли лицо о тех или иных обстоятельствах, — это вопрос факта. Вопрос о том, какой стандарт заботливости и осмотрительности необходимо учитывать при определении того, можно ли вменить конкретному лицу незнание о соответствующих обстоятельствах, — это вопрос права. В то же время вопрос о том, соблюден ли этот стандарт в конкретном споре, — это опять вопрос факта.

Применительно к вопросу права (т.е. о применимом стандарте заботливости и осмотрительности) бессмысленно обсуждать вопрос о бремени доказывания и доказательственной презумпции: суд должен знать право сам. Суд сам определяет релевантный стандарт заботливости и осмотрительности и не связан доводами сторон. Так, например, при оспаривании сделки по п. 1 ст. 174 ГК РФ суд сам решает, стоит ли понимать критерий «должен был знать» таким образом, что соответствующий контрагент должен был изучить устав партнера перед заключением договора, или выводить такое требование к должной

осмотрительности не стоит. При рассмотрении же спора о виндикации это исключительная компетенция суда – определить, входит ли в стандарт должной осмотрительности покупателя-гражданина внимательное изучение всей истории титула на приобретаемую квартиру, включая изучение регистрационного дела и содержание всех сделок по отчуждению квартиры в цепочке за десятки лет на предмет выявления возможных подозрительных аномалий, которые могли бы свидетельствовать о недействительности одной из таких сделок и, соответственно, об отсутствии титула у предполагаемого продавца. Вопрос бремени доказывания и презумпции тут вряд ли актуален.

Вопросы о доказательственной презумпции и бремени доказывания – это вопросы установления фактов. Они встают в тот момент, когда надлежит установить, а) точно ли знала одна из сторон о тех или иных обстоятельствах, б) имеются ли обстоятельства, указывающие на то, что она не могла не знать о них (например, наличие аффилированности между стороной и лицом, которое точно знало о данном обстоятельстве), или в) приняла ли она все соответствующие выведенному судом или применяемому в силу устоявшейся судебной практики стандарту заботливости и осмотрительности меры.

Как и в случае с объективной добросовестностью, здесь, по идее, должны работать общие правила распределения бремени доказывания, применяемые в доказательственном праве. Анализ типичных ситуаций показывает, что в контексте субъективной добросовестности общие правила распределения бремени доказывания приводят к возложению бремени доказывания точного или вмененного знания на того, кто апеллирует к субъективной недобросовестности соответствующего лица.

Это означает, что в тех случаях, когда закон увязывает те или иные неблагоприятные для лица правовые последствия с его точным или вмененным знанием об определенных юридических фактах (например, при виндикации у добросовестного приобретателя по ст. 302 ГК РФ, при оспаривании сделки по п. 1 ст. 174 или ст. 173.1 ГК РФ или при защите видимости полномочий по п. 2 ст. 189 ГК РФ), отсутствие такого знания (т.е. субъективная добросовестность) предполагается, если из материалов дела не будет с очевидностью следовать обратное. Озаботиться наличием в деле таких доказательств должен оппонент, апеллирующий к субъективной недобросовестности. Например, при рассмотрении виндикационного иска, заявленного к возмездному приобретателю собственником, из владения которого вещь выбыла по его воле (например, по сделке, которая была признана впоследствии недействительной в силу нарушения требований

закона к ее содержанию или условиям заключения), может встать вопрос о том, что ответчик точно знал о неуправомоченности отчуждателя или порочности его титула. В такой ситуации истец не может в принципе доказать, что он точно не знал о порочности титула продавца. Иное распределение бремени доказывания поставило бы ответчика в безвыходное и абсурдное положение, так как возлагало бы на него невыносимое бремя доказывания. Поэтому точное знание ответчика должен доказывать истец.

Но то же касается и вменения ответчику знания о спорных обстоятельствах в силу его близости к тому лицу, которое однозначно знало о порочности титула (например, аффилированности ответчика с тем лицом, чьи незаконные сделки и привели к выбытию вещи из владения истца): ответчик, как правило, не в состоянии доказать, что он никаким образом не связан с таким лицом (не является ни родственником, ни супругом, ни любовником данного лица и не связан с ним иным образом). Доказательства однозначного наличия таких связей или как минимум доказательства в пользу соответствующей стандарту доказывания вероятности их наличия по общему правилу должен представить истец.

В контексте же вопроса о неосторожном незнании (т.е. о том, что ответчик мог знать о порочности титула, если бы проявил должную степень заботливости и осмотрительности), логично также первичное бремя доказывания возлагать на истца. Ответчик не может доказать, что он проявил все возможные должные меры заботливости и осмотрительности, так как их перечень не закрыт. Именно истец должен представить доказательства того, что имелись некие объективные маркеры, которые должны были разумное лицо на месте ответчика насторожить и заставить сомневаться в чистоте титула, осуществи он должные меры проверки (например, подозрительная частота сделок по перепродаже актива, очевидно заниженная цена, наличие публикаций об оспаривании сделок по первичному отчуждению вещи). Если ответчик такие меры проверки не предпринял, он неосторожен, так как его поведение отклоняется от стандарта должной осмотрительности; если предпринял, но не придал соответствующим маркерам должного значения, он также неосторожен. Соответственно, именно истец должен доказать наличие объективных признаков порочности титула. То же с необходимыми адаптациями применимо и к большинству иных ситуаций, когда субъективная недобросовестность имеет определенное правовое значение.

И этот вывод справедлив независимо от того, имеется ли в ГК РФ какая-то норма о презумпции добросовестности.

В то же время появление в 2013 г. в комментируемом пункте положения о презумпции добросовестности помогло эту идею закрепить в практике. Дело в том, что ранее в практике (например, по спорам о виндикации) встречалась иная позиция, согласно которой доказывать извинительность своего незнания должно лицо, чье незнание имеет правовое значение. Так, например, абзац первый п. 38 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 ранее устанавливал презумпцию субъективной недобросовестности приобретателя чужой вещи: «Приобретатель признается добросовестным, если докажет, что при совершении сделки он не знал и не должен был знать о неправомерности отчуждения имущества продавцом, в частности принял все разумные меры для выяснения правомочий продавца на отчуждение имущества». Такой подход в свете вышеуказанного вряд ли мог считаться убедительным. Появление в ГК РФ в 2013 г. п. 5 ст. 10, видимо, объясняет то, что ВС РФ в п. 133 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25 отменил эту правовую позицию. Тем самым ВС РФ, судя по всему, в свете вступившей в силу с 1 сентября 2013 г. нормы п. 5 ст. 10 ГК РФ решил прояснить, что добросовестность приобретателя чужой вещи презюмируется. Это подтверждается и последующими правовыми позициями ВС РФ. Так, в Обзоре судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от граждан по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденном Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г., было указано, что «[п]о спорам об истребовании квартиры из чужого незаконного владения обязанность доказывания недобросовестности приобретателя возлагается на истца». См. также Определение СКГД ВС РФ от 16 августа 2016 г. № 37-КГ16-10. В результате принятия Федерального закона от 16 декабря 2019 г. № 430-ФЗ, внесшего изменения в п. 6 ст. 8.1 ГК РФ, с 1 января 2020 г. презумпция субъективной добросовестности приобретателя чужого недвижимого имущества, полагающегося на данные ЕГРН, закреплена в ГК РФ.

В итоге получается занятная ситуация. В контексте объективной добросовестности логика п. 5 ст. 10 ГК РФ не может пониматься как закрепляющая некую доказательственную презумпцию и распределяющая бремя доказывания, так как вопрос о кристаллизации конкретного правила на основе принципа доброй совести — это вопрос права и не является относящимся к предмету доказывания, а вопрос о том, соответствует ли поведение соответствующей стороны этому выведенному из доброй совести правилу, является вопросом факта и устанавливается не на основе какой-либо презумпции, а в соответствии с общими правилами распределения бремени доказывания. Смысл п. 5

ст. 10 ГК РФ в рамках объективной добросовестности, скорее, в том, что при неочевидности обратного поведение лиц, соответствующее формальным элементам права, должно признаваться правомерным, а выведение каких-либо правил, восполняющих, конкретизирующих или корректирующих формальные элементы права, должно осуществляться осторожно и только там, где без этого либо обойтись логически нельзя, либо исход спора будет явно несправедлив или неразумен. В свете же субъективной добросовестности положение п. 5 ст. 10 ГК РФ стало восприниматься как определяющее доказательственную презумпцию отсутствия субъективной недобросовестности (т.е. точного или вменяемого знания о соответствующих имеющих правовое значение обстоятельствах). Впрочем, тот же вывод должен был бы следовать и из обычных правил распределения бремени доказывания, даже если бы норма п. 5 ст. 10 ГК РФ не появилась, но на практике это происходило далеко не всегда.

### ***5.3. Презумпция разумности***

Комментируемое положение закрепляет не только презумпцию добросовестности, но и презумпцию разумности поведения участников оборота.

Разумность — это также стандарт поведения. Разумность иногда является критерием оценки неких формально правомерных действий одного лица, последствия которых могут сказаться на другом лице (например, по п. 1 ст. 404 ГК РФ непринятие разумных мер к митигации убытков может стать основанием для взыскания с нарушителя обязательства в качестве убытков суммы меньшей, чем та, которая соответствует реально возникшим убыткам). Многочисленные нормы ГК РФ говорят о разумном сроке (например, п. 2 ст. 314, ст. 397, п. 2 ст. 415 ГК РФ). Некоторые нормы говорят о разумной цене (например, ст. 397, п. 2 ст. 524, ст. 738 ГК РФ). В ГК РФ также упоминаются разумные меры по устранению препятствий (п. 1 ст. 750 ГК РФ), разумные расходы (п. 4 ст. 744 ГК РФ) и используется критерий разумности во множестве иных правовых контекстов.

Как представляется, разумность или неразумность тех или иных установленных судом действий (бездействия) — это вопрос права, вопрос правовой квалификации, так же как и оценка поведения на предмет соответствия принципу доброй совести. Более того, в принципе сама идея добросовестности, как уже отмечалось в комментарии к п. 3 ст. 1 ГК РФ, может определяться как соответствие того или иного выводимого из принципа доброй совести правила поведения требованиям разумности и справедливости. Все эти явления тесно переплетены до степени смешения. Например, не будь в ГК РФ специальной нормы

п. 1 ст. 404 ГК РФ о митигации убытков при непринятии разумных мер к уменьшению убытков, тот же вывод о необходимости уменьшения размера взыскиваемых убытков следовал бы из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ).

Конечно же, одна из сторон, заинтересованная в признании не-разумным поведения другой стороны, может представлять суду аргументы в пользу применения того или иного содержания стандарта разумности (например, о том, что на практике для тех или иных действий бывает достаточно периода той или иной продолжительности). Применение же презумпции разумности означает, что по умолчанию поведение соответствующей стороны предполагается отвечающим правовому стандарту разумности. При отсутствии очевидности обратного суду следует придерживаться предположения о корректности поведения.

Если поведение одного лица в силу закона или судебной практики может оцениваться на предмет разумности с теми или иными последствиями, встает вопрос о том, является ли применение данного правового критерия результатом возражения соответствующей стороны или может быть осуществлено судом по собственной инициативе. Как представляется, если иное не следует из текста закона или каких-то крайне убедительных политико-правовых оснований, по общему правилу принцип разумности может применяться судом и по собственной инициативе. В данном случае, видимо, логично применять по аналогии позицию ВС РФ в отношении принципа добросовестности (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Впрочем, здесь следует обсуждать каждую конкретную норму, содержащую ссылку на разумность, в отдельности.

Другое дело, что при оценке реального поведения на предмет ответственности тому стандарту разумности, который считает уместным применить суд, должны быть установлены те или иные фактические обстоятельства. И в этом случае мы уже сталкиваемся с вопросами факта. Соответственно, тут работают обычные правила распределения бремени доказывания. Если, например, ответчик, с которого взыскивают убытки, выдвигает аргумент о том, что истец мог принять разумные меры к уменьшению своих убытков, ему следует доказать, какие конкретные возможности уменьшить убытки кредитор упустил. Например, поставщик может доказать, что покупатель, расторгнувший договор из-за нарушения поставщика и заключивший замещающую сделку по покупке аналогичного товара у другого поставщика по более высокой цене, имел реальную возможность купить аналогичный товар дешевле. Если он таких доказательств не представил, должна

предполагаться разумность цены замещающей сделки (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Если же представил, на покупателя переносится бремя доказывания каких-либо извиняющих обстоятельств, объясняющих, что покупка по более высокой цене не может быть признана неосторожным нарушением правила митигации.

Другой пример: согласно п. 1 ст. 750 ГК РФ, «[е]сли при выполнении строительства и связанных с ним работ обнаруживаются препятствия к надлежащему исполнению договора строительного подряда, каждая из сторон обязана принять все зависящие от нее разумные меры по устранению таких препятствий». Если заказчик обвиняет подрядчика в том, что он не предпринял те или иные разумные меры, и суд убежден в том, что та или иная мера, о которой говорит заказчик, действительно должна была быть предпринята подрядчиком (вопрос правовой квалификации), именно подрядчик должен доказать, что эту меру он предпринимал (вопрос факта). Иначе говоря, здесь будет презюмироваться нарушение подрядчиком применимого судом стандарта разумности, так как обратное возложило бы на заказчика невыносимое бремя доказывания негативного факта.

### Дополнительная литература

#### *Общие вопросы добросовестности*

*Дождев Д.В.* [Принцип добросовестности в гражданском праве](#) // Принцип формального равенства и взаимное признание права: Коллективная монография / Под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М.: Проспект, 2016. С. 147–162.

*Егоров А.В.* [Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы](#) // Legal Insight. 2013. № 2. С. 4–10.

*Карапетов А.Г.* [Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве](#). М.: Статут, 2011.

*Нам К.В.* [История развития принципа добросовестности \(\*Treu und Glauben\*\) в период с 1900 по 1945 г.](#) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 63–97.

*Нам К.В.* [Развитие принципа добросовестности \(\*Treu und Glauben\*\). Современный этап. Внутренняя систематика](#) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 7. С. 83–114.

*Нам К.В.* [Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики](#). М.: Статут, 2019.

*Новицкий И.Б.* [Принцип доброй совести в проекте обязательственного права](#) // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 124–281.



*Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг.: Изд. юрид. кн. склада «Право», 1917.

Принципы частного права: Монография / Под ред. В.В. Кваниной, М.С. Сагандыкова, Т.П. Подшивалова. М.: Проспект, 2018.

*Самойлов Е.Ю.* Добросовестность как предпосылка защиты приобретателя в гражданском обороте // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 3. С. 66–101.

*Синявская М.С.* Вопросы нарушения договора и его последствий в современном французском праве: настоящее положение дел, критика, проект реформы // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 3. С. 43–89.

*Фогельсон Ю.Б.* Принцип добросовестности в российской судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 9. С. 103–116.

*Церковников М.А.* О добросовестности в институтах вещного права // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 2. С. 24–30.

*Ширвиндт А.М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / Под ред. А.М. Ширвиндта. М.: Статут, 2014. С. 203–242.

*Commentaries on European Contract Laws* / N. Jansen, R. Zimmermann (eds.). Oxford University Press, 2018. P. 101–157 (автор раздела – *J.P. Schmidt*).

*Dworkin R.* *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

*General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification* / St. Grundmann, D. Mazeaud (eds.). Kluwer Law International, 2005.

*Good Faith in European Contract Law* / R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.). Cambridge University Press, 2008.

*Hesselink M.W.* The Concept of Good Faith // *Towards a European Civil Code* / A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, Ch. Mak, E. du Perron. 4<sup>th</sup> ed. Kluwer Law International, 2010. P. 619–649.

*Mackaay E.* *Good Faith in Civil Law Systems. A Legal-Economic Analysis* // *Revista Chilena de Derecho Privado*. 2012. N° 18. P. 149–177.

*Wieacker F.* *A History of Private Law in Europe* // Trans. by T. Weir. Clarendon Press, 2003. P. 409–416.

### ***Злоупотребление правом***

*Доманжо В.П.* Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения // Памяти профессора Габриеля Феликсовича Шершеневича: Сборник

статей по гражданскому и торговому праву. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1915. С. 313–339.

*Ерохова М.А.* [Бремя доказывания возмездности и добросовестности приобретения чужого имущества. Об изменении подхода высшей судебной инстанции](#) // Закон. 2019. № 8. С. 153–161.

*Поротикова О.А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007.

*Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010.

*Яценко Т.С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М.: Статут, 2003.

[European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules](#) / В. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (eds.). Sellier, 2008. P. 150–203.

[Lenaerts A. The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law](#) // European Review of Private Law. 2010. Vol. 18. Issue 6. P. 1121–1154.

The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (eds.). Oxford University Press, 2012. P. 5–7.

*Whittaker S.* Comments on ‘Abuse of Law’ in European Private Law // Prohibition of Abuse of Law: A General Principle of EU Law? (= Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law. Vol. 13) / R. de la Feria, St. Vogenaue (eds.). Hart Pub., 2011. P. 253–261.

### **Обход закона**

*Волков А.В.* Понятие «обход закона» в доктрине и практике гражданского права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 1. С. 67–81.

*Егоров А.В.* [Обход закона: использование дозволенной правом формы ради запрещенной правом цели](#) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 2(4). С. 170–190.

*Муранов А.И.* [Попытка внедрения понятия «обход закона» в ГК РФ и международный коммерческий арбитраж в России](#) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1(3). С. 188–213.

[Особенности применения в немецком гражданском праве понятия «обход закона». Комментарии по поводу предложения ввести данное понятие в ст. 10 ГК РФ \(заключение Института зарубежного и международного частного права им. Макса Планка \(Гамбург\)\)](#) // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 2. С. 269–285.

*Подшивалов Т.П.* Запрет обхода закона в российском гражданском законодательстве и судебной практике // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 2. С. 87–115.

*Суворов Е.Д.* Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М.: Издательский дом В. Ема., 2008.

### **Эстоппель**

*Короткова В.А.* Эстоппель в гражданском праве // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей* / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М.: Статут, 2018. С. 231–312.

*Муллина Ю.Н.* Эстоппель и другие формы воплощения запрета противоречивого поведения в частном праве: сравнительно-правовой анализ // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей* / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М.: Статут, 2018. С. 313–338.

*Саримсоков Ф.В.* Подтверждение оспоримой сделки в зарубежном и российском гражданском праве // *Сделки, представительство, исковая давность: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации* / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2017. С. 116–151.

*Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации* [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. С. 403–415 (автор комментария к п. 5 ст. 166 – Д.О. Тузов).

*Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014.

*Федоров Д.В.* Признание ссылки на ничтожность недобросовестной в зарубежном и российском праве // Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 6. С. 41–100.

*Федоров Д.В.* Проблемы квалификации и случаи применения п. 5 ст. 450.1 ГК РФ // Закон. 2019. № 8. С. 63–74.

*Ширвиндт А.М.* Ссылка на ничтожность сделки как злоупотребление правом. Изобретение судов, закрепленное в законе // Арбитражная практика. 2015. № 7. С. 24–41.

*Canaris C.-W.* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (= Münchener Universitätsschriften: Reihe der Juristischen Fakultät. Bd. 16). С.Н. Beck, 1971.

*Faust F., Wiese V.* Protecting Legitimate Expectations: The German Perspective // *La confiance légitime et l'estoppel* (= Droit privé comparé et européen. Vol. 4) / B. Fauvarque-Cosson (dir.). Société de législation comparée, 2007. P. 99–135.

Good Faith in European Contract Law / R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.). Cambridge University Press, 2000. P. 258–291, 515–531.

*Salzmann A.* Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung (= Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät. Bd. 249). C.H. Beck, 2015.

*Singer R.* Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (= Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät. Bd. 95). C.H. Beck, 1993.

The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (eds.). Oxford University Press, 2012. P. 650–654, 1562–1565, 1767–1769.

*Wilken S., QC, Ghaly K.* The Law of Waiver, Variation and Estoppel. Oxford University Press, 2012.

## Статья 11. Судебная защита гражданских прав

**1. Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, арбитражный суд или третейский суд (далее — суд) в соответствии с их компетенцией.**

**2. Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде.**

### *Комментарий*

#### **1. Судебная защита прав**

Судебная защита гражданских прав является одним из основополагающих начал гражданского права (ст. 1 ГК РФ) и вытекает из общей конституционной гарантии судебной защиты прав (ст. 46 Конституции РФ). Это одна из важнейших задач государства. Государство существует во многом для того, чтобы обеспечивать эффективную защиту прав граждан, чтобы люди не были вынуждены защищать свои права самостоятельно, используя силу и угрозы. Там, где система судебной защиты прав не работает, данную функцию начинают выполнять мафиозные и иные подобные структуры, люди вынуждены вкладывать значительные средства и усилия в наращивание средств самозащиты, превенция правонарушений обеспечивается угрозой

столкнуться с силовым сопротивлением или мстью, растет уровень насилия, договорные отношения и права собственности становятся хрупкими и ненадежными, люди перестают ощущать себя защищенными, справедливость превращается в фантазию, а нормальный бизнес просто исчезает. Не столь драматические, но тем не менее крайне серьезные проблемы возникают в ситуации, когда судебная система в стране существует и кое-как работает, но поражена коррупцией, зависит от давления силовых и политических структур и не может им отказать по тем вопросам, в которых у них возникает интерес, или преимущественно состоит из судей с низкой профессиональной квалификацией, а главное качество судьи, которое ценится и поощряется, — это контролируемость и послушность. Сейчас все государства мира имеют свою судебную систему, но во многих из них она поражена указанными пороками в той или иной степени. Цивилизованные демократические правовые государства отличаются от варварских деспотий и коррумпированных авторитарных режимов во многом именно тем, в какой степени судебная система чиста, независима и компетентна. Ржа, проевшая правоохранительные и иные исполнительные органы, а также популизм и коррупция парламентариев не влекут столь серьезные последствия для развития той или иной страны, какие влекут коррупция, зависимость и низкая квалификация судов. Суды — это последний и самый важный рубеж защиты права. Честные, независимые и компетентные суды могут в определенной степени компенсировать или даже исправить несовершенства в работе иных государственных структур. Если этот рубеж рухнул и сдался указанным порокам, общество обречено на прозябание и получает шанс на развитие только тогда, когда судебная система будет пересобрана заново.

При этом независимость и компетентность судов — это, безусловно, вопрос степени. В одних странах эффективность правосудия выше, в других — ниже. Очевидно, что в России состояние дел в области как уголовного, так и гражданского правосудия по ряду ключевых параметров (в первую очередь независимость и компетентность) очень далеко, выражаясь мягко, от лучших образцов, хотя и нельзя не отметить определенные преимущества (например, скорость рассмотрения относительно простых споров в системе арбитражных судов).

В России по общему правилу гражданские права в случае их нарушения защищаются в судебном порядке. Такие споры рассматривают суды общей юрисдикции и арбитражные суды в соответствии с правилами определения их компетенции, установленными в нормах АПК РФ, ГПК РФ и иных нормах законодательства. Защита гражданских прав может осуществляться как в ходе рассмотрения гражданских

споров, так и при рассмотрении гражданского иска в ходе уголовного судопроизводства.

Гражданские права, охватываемые российским законодательством, могут защищаться не только в российских судах, но и в иностранных судах с учетом действующих в данной стране правил определения компетенции национальных судов.

Гражданские права могут в ряде случаев защищаться также и в третейских судах при наличии соглашения сторон о рассмотрении спора в третейском суде (в том числе третейской оговорки в заключенном контракте, из которого проистекает спор). Правовой режим третейской формы рассмотрения споров в области гражданского права определяется рядом источников права. Это положения АПК РФ и ГПК РФ, Закон об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации, Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.), Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) и др. Безусловно, далеко не все гражданские споры могут рассматриваться третейскими судами. Целый ряд изъятий установлен на уровне закона (см. ч. 2 ст. 33 АПК РФ, ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ и др.).

О конкретных способах судебной защиты гражданских прав в суде см. комментарий к ст. 12 ГК РФ.

При этом следует иметь в виду, что закон может признавать те или иные гражданские права, но отказывать правообладателям в их судебной защите. Например, российское право знает такое явление, как натуральное обязательство, т.е. обязательственное правоотношение, признаваемое правом, но не предполагающее возможность судебной защиты права кредитора. Это прежде всего требование, по которому было отказано в иске по причине пропуска исковой давности или был осуществлен отказ истца от иска, а также требования, вытекающие из игр и пари (п. 1 ст. 1062 ГК РФ). Вопрос о том, могут ли натуральные обязательства возникать не в силу указаний закона, а как следствие прямого волеизъявления сторон договора, пожелавших породить подобное правоотношение, однозначно в праве не разрешен и может вызывать дискуссии. Впрочем, как представляется, серьезных политико-правовых аргументов против этого нет.

Также следует иметь в виду, что суды не только защищают нарушенные права или права, в отношении которых возникает угроза нарушения, но также защищают (а точнее, реализуют) и охраняемые законом интересы участников оборота (например, разрешают споры

о расторжении договора по ст. 451 ГК РФ, занимаются урегулированием преддоговорных споров, устанавливают сервитуты и т.п.). В контексте таких ситуаций нет правонарушения и защиты от него, а есть содействие суда реализации тех или иных охраняемых законом интересов лица или осуществление тех или иных правомочий в судебном порядке (см. подробнее комментарий к ст. 12 ГК РФ).

Право на судебную защиту гражданского права не исчерпывает всех возможностей защиты гражданских прав, так как гражданское право признает и целый ряд неюрисдикционных способов и механизмов защиты, реализуемых за счет односторонних фактических действий или волеизъявлений правообладателя без обращения к суду (например, самозащита права, удержание вещи, приостановление встречного исполнения обязательства, односторонний отказ от нарушенного договора, зачет и др.). Кроме того, гражданское право может защищаться и в административном порядке (см. комментарий к п. 2 настоящей статьи).

### ***1.1. Природа права на судебную защиту***

В правовой науке нет единства по вопросу о природе права на судебную защиту. Встречаются позиции, согласно которым правомочие на судебную защиту нарушенного права представляет собой: а) само нарушенное право, созревшее к своему принудительному осуществлению; б) исходный элемент структуры субъективного гражданского права, условия для реализации которого созревают в момент нарушения; в) признак, характеризующий по умолчанию субъективное гражданское право; г) отдельное охранительное субъективное гражданское право, возникающее в дополнение к базовому регулятивному правоотношению в случае нарушения входящего в него субъективного права; д) не гражданско-правовое, а процессуальное правомочие.

В рамках настоящего практического комментария, видимо, нет оснований погружаться в эту запутанную область теории гражданского правоотношения, но следует отметить, что если мы признаем за правомочием на судебную защиту нарушенного права гражданско-правовую природу (как бы ни был решен вопрос о конкретном соотношении этого правомочия и структуры гражданского правоотношения в целом), то это может иметь и практическое значение. В частности, если считать, что правомочие на судебную защиту носит гражданско-правовой характер, то волеизъявления или иные юридические факты, влекущие возникновение, изменение или прекращение такого правомочия, либо в принципе являются юридическими фактами гражданского права и имеют характерную для гражданско-пра-

новой классификации таких фактов природу, либо носят гибридный материально-процессуальный характер и заслуживают избирательно-го подчинения нормам гражданского законодательства о соответствующих юридических фактах. Так, например, при таком подходе отказ от иска, будучи волеизъявлением лица, влекущим как безусловно процессуальные последствия (прекращение рассмотрения судебного спора), так и утрату возможности судебной защиты права по тем же основаниям в будущем, может признаваться в качестве института гибридного, предполагающего применение в том числе и ряда норм ГК РФ о гражданско-правовых сделках (например, о недействительности сделки). В этом плане неудивительно, что применение к отказу от иска правил о крупных сделках и сделках с заинтересованностью и возможность признания такого отказа недействительным по указанным основаниям (с учетом ряда процессуальных особенностей) подтверждаются практикой ВАС РФ и ВС РФ (п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 16 мая 2014 г. № 28, п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27). Возможность оспаривания таких отказов по иным основаниям недействительности гражданско-правовых сделок (обман, угрозы и т.п.) также не вызывает возражений. То же можно, видимо, сказать и о третейском соглашении, которое, помимо сугубо процессуальных последствий, предполагает модификацию права на судебную защиту. Никого не удивит применение к третейскому соглашению правил ГК РФ о недействительности сделок, о толковании гражданско-правового договора, о возмещении убытков при нарушении такого соглашения и т.п. Впрочем, следует сказать, что все эти доктринальные вопросы заслуживают куда более глубокой теоретической проработки.

## **2. Административный порядок защиты гражданского права**

Административная процедура защиты гражданских прав может быть установлена в законе либо в качестве обязательного первого рубежа такой защиты, т.е. досудебной процедуры разрешения спора, несоблюдение которой блокирует для пострадавшего возможность обратиться в суд, либо в качестве опциональной возможности, своего рода альтернативы судебной защите права.

### ***2.1. Обязательная административная процедура***

В ряде случаев закон предусматривает, что первым рубежом защиты гражданского права является соблюдение установленного административного порядка разрешения спора, в рамках которого спор разрешается в рамках установленной в законе административной процедуры неким государственным органом исполнительной власти



либо тем или иным должностным лицом. Обратиться в суд, не пройдя этот этап, здесь невозможно. Но доступ к полноценному правосудию не блокируется, так как сторона спора, недовольная решением, которое вынесено по итогам административной процедуры, может оспорить данное решение в государственном суде.

Можно привести следующие примеры установления в законе подобной процедуры.

*(а) Споры в сфере интеллектуальной собственности*

Согласно п. 2 ст. 1248 ГК РФ в ряде установленных в ГК РФ случаях защита интеллектуальных прав (прав на результаты интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации) в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением, осуществляется в административном порядке специально определенными органами исполнительной власти. Уполномоченным на разрешение большинства подобных споров органом является Роспатент (Федеральная служба по интеллектуальной собственности), а тот, в свою очередь, делегирует разрешение подобных споров Федеральному государственному бюджетному учреждению «Федеральный институт промышленной собственности», при котором для их разрешения функционирует Палата по патентным спорам. Решения этой Палаты утверждает руководитель Роспатента. Применительно к некоторым спорам в отношении селекционных достижений таким компетентным органом является Министерство сельского хозяйства РФ. При этом согласно п. 2 ст. 1248 ГК РФ решения, принятые по таким спорам, могут быть оспорены в суде в установленном законом порядке.

*(б) Споры по требованиям потребителя финансовых услуг*

В соответствии с Законом об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг специальный финансовый «омбудсмен», назначенный по определенной в законе процедуре, должен разрешать ряд споров по требованиям потребителей к финансовым организациям (банкам, микрофинансовым организациям, ломбардам, кредитным кооперативам, страховым компаниям, негосударственным пенсионным фондам). Этот Закон на момент написания настоящего текста только начинает применяться в отношении споров

потребителей со страховыми компаниями, и распространение такой практики на споры потребителей с микрофинансовыми организациями, банками и иными «провайдерами финансовых услуг» отложено на 2020–2021 гг., но логика, отраженная в нем, соответствует идее п. 2 ст. 11 ГК РФ: закон вводит административный порядок рассмотрения споров как обязательный, навязанный законом первый рубеж защиты, и пострадавшее лицо лишается права на немедленное обращение в суд, не пройдя этот административный этап. Естественно, при несогласии с решением финансового «омбудсмана» потребитель может обращаться в суд; согласно п. 2 ст. 25 указанного Закона такое требование может быть заявлено в течение 30 дней с момента вступления в силу решения «омбудсмана», что кажется несоразмерно коротким сроком. Может потребитель обратиться в суд также в случае непринятия финансовым уполномоченным решения по обращению по истечении предусмотренного законом срока и в некоторых иных случаях, указанных в ст. 25 данного Закона. Финансовая организация также может оспорить решение «омбудсмана» в судебном порядке (ст. 26 указанного Закона).

На основании решения финансового «омбудсмана» в пользу потребителя может быть выдан исполнительный документ (удостоверение), который подлежит принудительному исполнению судебными приставами-исполнителями (п. 4.2 ч. 1 ст. 12 Закона об исполнительном производстве, п. 3–4 ст. 23 Закона об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг).

В целом функционирование данной процедуры может вызывать и неминуемо будет вызывать вопросы, которые потребуются разрешать судебной практике. Разбирать эти вопросы, равно как и вопрос о самой целесообразности установления такой процедуры с указанным правовым режимом, здесь нет оснований.

*(в) Последствия несоблюдения обязательной административной процедуры*

Согласно абзацу второму п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «[п]ри обращении в суд с требованием, подлежащим рассмотрению в административном (внесудебном) порядке, суд отказывает в принятии соответствующего заявления (пункт 1 части 1 статьи 134 ГПК РФ, пункт 1 части 1 статьи 127.1 АПК РФ)». Это разъяснение давалось применительно к административной процедуре разрешения споров в сфере интеллектуальной собственности, но оно, судя по всему, носит универсальный характер и распространяется на любые иные обязательные административные процедуры, которые решил или в будущем решит установить законодатель.

Более того, согласно тому же Постановлению ВС РФ (абзац третий п. 52) «[п]ри рассмотрении судом дел о нарушении интеллектуальных прав возражения сторон, относящиеся к спору, подлежащему рассмотрению в административном (внесудебном) порядке, не должны приниматься во внимание и не могут быть положены в основу решения». Применение этого разъяснения, данного в отношении споров по поводу интеллектуальной собственности, в контексте требований потребителя к финансовой организации может вызывать проблемные вопросы процессуального характера. Представим, что банк предъявил в суд к потребителю иск о возврате кредита, а потребитель желает подать встречный иск к банку по тому же договору (например, о взыскании неправомерно списанных со счета потребителя комиссий). Блокируется ли такое право на предъявление встречного иска тем фактом, что потребитель не успел пройти все этапы административной процедуры? Эти и иные подобные процессуальные вопросы еще предстоит разрешить отечественному праву.

## ***2.2. Опциональная административная процедура***

В то же время административный порядок защиты гражданского права имеет место не только тогда, когда закон обязывает пострадавшее лицо прибегать к административной процедуре, но и в тех случаях, когда законодательство предоставляет такому лицу возможность при желании вместо обращения в суд прибегнуть к административной процедуре разрешения спора. Так, например, потребитель, чьи права нарушены, может по своему выбору либо сразу обратиться в суд, либо попробовать добиться искомого результата за счет обращения в Роспотребнадзор, который, используя свои властные полномочия, может в ряде случаев обеспечить защиту прав потребителя. Например, в силу п. 4 ст. 40 Закона о защите прав потребителей такой орган может выдать обязательное для предпринимателя предписание о прекращении нарушения права потребителя. Кроме того, в тех случаях, когда право лица нарушено действиями или бездействием органа исполнительной власти, во многих случаях закон наделяет такое лицо правовой возможностью обжаловать такие действия или бездействие в административном порядке за счет обращения к вышестоящему органу. Так, например, в силу п. 1 ст. 121 Закона об исполнительном производстве постановления, действия (бездействие) судебного пристава могут быть обжалованы как в судебном порядке, так и вышестоящему должностному лицу. Если такая жалоба будет удовлетворена, потребность в судебной защите права может отпасть.

## Статья 12. Способы защиты гражданских прав

Защита гражданских прав осуществляется путем:

признания права;  
восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения;

признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки;

признания недействительным решения собрания;

признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления;

самозащиты права;

присуждения к исполнению обязанности в натуре;

возмещения убытков;

взыскания неустойки;

компенсации морального вреда;

прекращения или изменения правоотношения;

неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону;

иными способами, предусмотренными законом.

### *Комментарий*

#### 1. Вводные замечания

Комментируемая статья предусматривает способы защиты гражданских прав. Речь идет о средствах защиты, к которым лицо, чье право нарушено, может прибегнуть. Некоторые из них могут носить юрисдикционный характер и осуществляются в судебном порядке (например, признание сделки или решения собрания недействительными, присуждение к исполнению обязанности в натуре и др.). Иные по своей природе осуществляются во внесудебном порядке посредством совершения тех или иных фактических действий (самозащита). Некоторые могут осуществляться посредством одностороннего волеизъявления управомоченного лица, направленного на осуществление соответствующего секундарного (преобразовательного) правомочия с целью защитить свое право за счет изменения или прекращения правоотношения (например, прекращение договорного правоотношения в ответ на нарушение обязательства может в ряде случаев осуществляться в форме одностороннего отказа от договора). Кроме того,

ряд способов защиты, которые по общему правилу осуществляются в судебном порядке, могут при наличии тех или иных условий реализовываться посредством одностороннего волеизъявления (например, вместо взыскания убытков по суду кредитор может зачесть свое требование к причитающемуся нарушителю долгу).

Указанный в данной статье список способов защиты не является закрытым. Закон может предусматривать и иные способы защиты. Кроме того, как будет показано ниже, в ряде случаев судебная практика признает возможность использования и таких способов защиты, которые предусмотрены не в законе, а в соглашении сторон либо нигде в принципе не предусмотрены, но представляются соответствующими принципам права и оправданными с политико-правовой точки зрения.

Некоторые из указанных в настоящем списке способов защиты могут использоваться не в ответ на состоявшееся нарушение, а в качестве способа защиты охраняемого законом интереса в предотвращении нарушения. Например, это иск о пресечении действий, которые могут привести к нарушению права. Многие случаи предъявления исков о признании права также направлены не на защиту нарушенного права, а на внесение правовой определенности в отношения сторон, предотвращение споров и нарушений.

Действительно, нередко закон или договор предоставляет лицу правовые средства защиты своих интересов без какой-либо связи с нарушением некоего права данного лица. Например, закон дает стороне договора право на расторжение или изменение договора в судебном порядке при существенном изменении обстоятельств (ст. 451 ГК РФ); сторонам переговоров — право на передачу в суд спора об урегулировании разногласий при заключении договора (ст. 446 ГК РФ); собственнику — право на установление сервитута на основании судебного решения (п. 3 ст. 273 ГК РФ); участнику общей совместной собственности — право на судебный раздел совместной собственности (ст. 254, 252 ГК РФ); участнику долевой собственности — право на обращение к суду с требованием определить порядок владения и пользования общим имуществом, находящимся в долевой собственности, в ситуации, когда участники сами договориться не смогли (ст. 247 ГК РФ); стороне ничтожной сделки — право на обращение в суд с требованием конвализации ничтожной сделки (ст. 165 ГК РФ) и др. В подобных случаях суд разрешает спор, но при этом не осуществляет защиту нарушенного права, а предоставляет защиту охраняемому законом интересу одной из сторон спора и реализует закрепленное в законе или договоре право, направленное на защиту такого интереса.

## 2. Признание права

Под наименованием требования о признании права в практике используются и при определенных условиях считаются допустимыми по меньшей мере три самостоятельных правовых механизма. Они соответствуют трем видам исков, выделяемым процессуальной наукой: в качестве требования о признании права могут быть предъявлены и собственно иски о признании (*установительные* или *декларативные*), но под притязания о признании могут быть также замаскированы (в том числе в силу указания закона) и иски о присуждении (*исполнительные*), и иски о преобразовании (*преобразовательные* или *конститутивные*). Применение каждого из них заслуживает отдельного освещения.

В подавляющем большинстве случаев перечисленные притязания (вне зависимости от того, к какой категории они относятся) направлены на признание права собственности на недвижимое имущество. Вместе с тем потенциал данных способов защиты позволяет их применение и в отношении прав иного рода.

### 2.1. Установительные требования

#### (а) Понятие

Признание права (как цель установительного (декларативного) требования, т.е. собственно иска о признании) состоит во властном установлении и подтверждении со стороны государства в лице юрисдикционного органа (как правило, суда) существования, субъектного состава и содержания определенного материального правоотношения (т.е. составляющих его прав и обязанностей) по требованию управомоченного лица. Суду адресуется требование признать (подтвердить, установить) наличие искомого правоотношения, содержащего то право, о признании которого заявляет управомоченное лицо.

При рассмотрении таких исков разрешается вопрос о наличии или отсутствии того или иного правоотношения либо отдельных прав и обязанностей участвующих в деле лиц (абзац второй п. 2.2 мотивировочной части Определения КС РФ от 19 июля 2016 г. № 1571-О, п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23).

Иск о признании права собственности (как наиболее широко представленный пример требования о признании права) определяется в судебной практике как иск, направленный на констатацию в судебном акте факта наличия у субъекта возникшего на законных основаниях права, которое не признается кем-либо из иных субъектов гражданского права (Определение СКГД ВС РФ от 28 октября 2014 г. № 5-КГ14-114).

В практике также отмечается, что необходимость в использовании такого способа защиты права, как признание права, возникает

в том случае, когда наличие у лица определенного субъективного права отрицается или ставится под сомнение (Определение СКГД ВС РФ от 17 февраля 2015 г. № 34-КГ14-14).

Потребность в обращении к суду с таким иском возникает в случаях появления затруднений в осуществлении ввиду оспаривания третьими лицами, игнорирования ими данного субъективного права, а также возникновения неопределенности в вопросе о существовании, содержании и принадлежности права, в том числе вследствие ненадлежащего оформления или утраты подтверждающих документов. Перечисленные варианты сомнения в праве порождают риск его нарушения и снижают шанс на его эффективную защиту в случае такого нарушения.

Решением суда при удовлетворении иска о признании права устраняется всякая неопределенность применительно к существованию или отсутствию спорного правоотношения (абзац второй п. 2.2 мотивировочной части Определения КС РФ от 19 июля 2016 г. № 1571-О).

В большинстве случаев заявление установительного притязания имеет самостоятельное значение (особенно иски о признании вещных прав). Тем не менее в доктрине традиционно отмечается, что требование о признании права часто является предпосылкой, обеспечивающей принудительное осуществление других требований (о присуждении) или защиту против таких требований (если речь идет о правоотношениях, дающих основания для возражения против притязаний). В подобных случаях требование о признании как бы предвосхищает требование о присуждении в той мере, в которой признанное правоотношение является фундаментом для притязания об исполнении, или выдвижение некоего эффективного возражения.

Удовлетворение этого требования позволяет защитить законный интерес управомоченного лица в определенности его материально-правового положения и служит юрисдикционным средством реализации этого интереса. Вопрос о том, что является объектом защиты при предъявлении требования о признании права, в доктрине вызывает дискуссии: наряду с точкой зрения о предъявлении установительного притязания в защиту *законного интереса* (а не права) выдвигается утверждение о том, что такое требование направлено на защиту нарушенного *субъективного права*. Между тем сторонники последней позиции упускают из виду, что возможность такого притязания не ставится в зависимость от нарушения права; более того, подобное требование часто предъявляется в отсутствие каких-либо нарушений с целью их предотвращения или укрепления позиции истца на случай возможного в будущем нарушения. Управомоченное лицо, сталкива-

ясь с отрицанием или игнорированием со стороны иных участников оборота его прав, может не претерпевать каких-либо их нарушений, но при этом очевидно имеет законный интерес в уяснении и упрочении собственного правового положения. Средством реализации этого интереса и служит иск о признании права (настоящее установительное требование). Способом защиты нарушенного права служит лишь исполнительное притязание, т.е. требование о присуждении (которое, как будет показано ниже, также нередко одевается в одежды иска о признании права).

Решение о признании права дает возможность устранить неопределенность и сомнения, внести определенность и восстановить ясность в материальных правоотношениях, побудить заинтересованных лиц строить свое дальнейшее поведение с учетом признанных прав, предотвратить нарушение установленных прав в будущем. В случае незаконных претензий другого лица на спорное право суд констатирует отсутствие спорного права у этого лица (ответчика) и признает его за истцом. Более отдаленной целью истца может быть стимулирование ответчика к подчинению признанным судом правам истца, к воздержанию от чинения ему препятствий в их реализации и от вторжения в установленную судом правовую сферу истца.

Требования о признании права относятся к положительным (позитивным) требованиям о признании. Наряду с ними к установительным относятся также требования о признании отсутствия спорных правоотношений, прав несуществующими (отсутствующими), например о признании договора незаключенным, о признании ничтожной сделки недействительной. Такие иски называют отрицательными (негативными) исками о признании или негационными исками (см. подробнее о них п. 2.5 комментария к настоящей статье).

Отдаленным прообразом современных исков о признании, получивших распространение в XIX в., считаются римские преюдициальные иски (*actio praedjudicialis*). Ими разрешались вопросы, например, о том, является ли лицо свободным, о признании отцом ребенка, как велико приданое и многие другие. Цель преюдициального иска состояла в судебном подтверждении юридического отношения или юридического факта, существование которых нужно было установить для применения в возможном будущем процессе.

В Средние века практиковалось провокационное производство: лицо, заинтересованное в выяснении спорного правоотношения, могло просить суд потребовать от предполагаемого другого участника отношения предъявления вытекающего из него иска под угрозой утраты права на иск. Такой институт очевидно противоречил диспозитивному



началу гражданского процесса, а потому и был вытеснен производством по искам о признании.

О широком распространении этих исков сейчас свидетельствует включение в Модельные правила европейского частного права положения о том, что, если иное лицо вмешивается в осуществление правомочий собственника или существует угроза такого вмешательства, собственник имеет право на признание права собственности (п. 2 ст. VIII.—6:101).

В отечественном законодательстве допустимость использования такого способа защиты, как признание права, впервые закреплена в части первой ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и абзаце втором части первой ст. 6 ГК РСФСР 1964 г.

Возможность использования этого способа защиты предусмотрена также п. 1 ст. 1251 и подп. 1 п. 1 ст. 1252 ГК РФ (применительно к защите интеллектуальных прав), ст. 59 ЗК РФ (применительно к защите прав на земельные участки), п. 1 ч. 3 ст. 11 ЖК РФ (применительно к защите жилищных прав).

*(б) Условия обращения с требованием о признании права*

Для данного способа защиты (с точки зрения условий допустимости его применения) характерны две особенности.

Во-первых, он подлежит использованию исключительно в ситуации, когда спорное право уже (т.е. до и вне зависимости от обращения в суд) возникло, т.е. когда наступил тот единственный юридический факт или полный комплекс юридических фактов (состав), который ведет к возникновению правоотношения. При этом согласно нормам права, регулирующим спорное правоотношение, само судебное решение не является элементом состава, необходимым для возникновения права.

Во-вторых, при обращении с требованием о признании права нет необходимости доказывать факт нарушения права, поскольку установительное притязание может заявляться и до нарушения с целью предотвратить его или облегчить задачу защиты на случай нарушения в предвидении такой угрозы.

Иск о признании права подлежит удовлетворению в случае представления истцом доказательств возникновения у него соответствующего права (п. 59 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Установительное требование о признании права и его удовлетворение призваны внести определенность в уже существующие материальные правоотношения в текущем состоянии, а не становиться

основанием к возникновению новых, изменению или прекращению существующих отношений. Миссия суда в рамках рассмотрения такого требования заключается в проверке и подтверждении возникновения и существования правоотношения, а не в порождении нового, прежде не существовавшего отношения. Результатом удовлетворения установительного притязания не должен быть преобразовательный эффект (возникновение, изменение или прекращения правоотношения).

Например, при предъявлении иска о признании права собственности истец как лицо, претендующее на признание себя собственником определенного имущества, должен в силу ст. 218 ГК РФ доказать возникновение в прошлом определенных юридических фактов, которые были необходимы и достаточны для возникновения ранее его права собственности (определения СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 23-КГ15-7, от 3 октября 2017 г. № 18-КГ17-159).

В доктрине также обсуждается вопрос о необходимости доказать наличие интереса при обращении с иском о признании права. Если излишне строго держаться обязательности доказывания наличия интереса, есть риск проявления судами крайнего субъективизма и произвольного отказа в иске по мотивам «отсутствия интереса», что означало бы нарушение права на судебную защиту, которое не подлежит ограничениям (ч. 1 ст. 46, ч. 3 ст. 56 Конституции РФ).

В вопиющих случаях, когда поведение истца очевидно создает впечатление безмотивного сутяжничества, суды прибегают к ссылкам на ч. 1 ст. 4 АПК РФ, согласно которой обращение лица в суд должно преследовать цель защиты его нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов, и отказывают в иске по мотивам отсутствия таковых. Это общий подход для всех видов требований (ср. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 144, абзац шестой п. 41 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.).

В нормах процессуального законодательства, конкретизирующих положения ст. 46 Конституции РФ, находит свое отражение общее правило, согласно которому любому лицу судебная защита гарантируется исходя из предположения, что права и свободы, о защите которых просит лицо, ему принадлежат и были нарушены, либо существует реальная угроза их нарушения (абзац третий п. 2 мотивировочной части Определения КС РФ от 24 января 2013 г. № 90-О, абзац третий п. 2 мотивировочной части Определения КС РФ от 28 января 2016 г. № 108-О, абзац шестой п. 2 мотивировочной части Определения КС РФ от 25 июня 2019 г. № 1616-О).

Другой стороной вопроса о необходимости наличия интереса (т.е. признаков оспаривания или отрицания права истца со стороны ответчика) является проблема распределения судебных расходов. Высшая судебная инстанция разъясняет для таких ситуаций, что не подлежат распределению между лицами, участвующими в деле, издержки, понесенные в связи с рассмотрением требований, удовлетворение которых не обусловлено установлением фактов нарушения или оспаривания прав истца ответчиком (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 21 января 2016 г. № 1). При этом под оспариванием прав истца ответчиком следует понимать совершение последним действий, свидетельствующих о несогласии с предъявленным иском, например подачу встречного искового заявления, т.е. наличие самостоятельных претензий ответчика на объект спора. Выражение несогласия ответчика с доводами истца (в том числе путем направления возражений на иск) не является тем оспариванием прав истца, которое ведет к возложению на ответчика обязанности по возмещению судебных расходов. Например, в ситуациях, когда истец обращается с иском о признании права собственности на самовольную постройку в связи с тем, что он сам нарушил закон и построил объект без необходимых документов и разрешений, или необходимость обращения в суд с иском о признании права собственности на наследственное имущество обусловлена несвоевременным оформлением наследником своих прав, при этом не было противоправных действий ответчиков и нарушения с их стороны права истца, удовлетворение иска не обусловлено установлением обстоятельств нарушения или оспаривания со стороны ответчиков прав истца, — основания для возложения обязанности по возмещению судебных расходов на ответчика отсутствуют (определения СКГД ВС РФ от 12 июля 2016 г. № 22-КГ16-5, от 23 мая 2017 г. № 86-КГ17-4, от 8 августа 2017 г. № 32-КГ17-17).

Возможность удовлетворения иска в отсутствие в действиях ответчика нарушения или оспаривания прав истца свидетельствует о том, что заслуживающий уважения интерес истца в удовлетворении иска возможен и в отсутствие поводов к обращению за судебной защитой в поведении ответчика. С учетом этого обстоятельства отметим, что в вопросе об оценке наличия интереса отсутствует формальная определенность, что должно служить доводом против отказа в удовлетворении иска о признании права по одним лишь мотивам отсутствия интереса, за исключением лишь самых очевидных ситуаций.

*(в) Недопустимость по общему правилу удовлетворения требований о признании права без надлежащей регистрации*

В практической плоскости приведенные постулаты о возможности признания в судебном порядке только такого права, которое возникло до обращения в суд, применительно к признанию права собственности на недвижимое имущество означают следующее: в силу *принципа внесения*, имеющего значение общего правила, права на имущество, подлежащие государственной регистрации (в том числе права на недвижимое имущество), возникают с момента внесения соответствующей записи в ЕГРН (п. 2 ст. 8.1, п. 1 ст. 131 ГК РФ), а государственная регистрация права в ЕГРН является единственным доказательством существования зарегистрированного права (ч. 5 ст. 1 Закона о государственной регистрации недвижимости). Без такой регистрации право не возникает, а потому и не может быть признано (подтверждено) судом. Этот вывод касается случаев приобретения недвижимого имущества как первоначальным, так и производным способами.

Так, если право собственности общества на вновь созданный спорный объект в установленном порядке никогда не регистрировалось, то основания для удовлетворения установительного требования истца о признании за ним права собственности на спорный объект отсутствуют; отсутствие у истца документов, необходимых для государственной регистрации его права собственности на спорный объект, не может являться основанием для признания за ним этого права в обход установленных правил (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 сентября 2012 г. № 4464/12).

В практике также традиционно подчеркивается, что, даже если договор купли-продажи недвижимого имущества заключен между истцом и ответчиком и истец уплатил ответчику предусмотренную договором цену, право собственности на здание у него не возникло ввиду несоблюдения правил о государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество. Поскольку истец, обратившись в суд с требованием о признании права собственности на здание, по существу просит суд признать за ним право, отсутствующее у него на момент предъявления иска, оснований для удовлетворения данного требования именно как установительного иска о признании права не имеется (постановления Президиума ВАС РФ от 15 ноября 2005 г. № 7663/05, от 24 ноября 2009 г. № 10602/09; Определение СКГД ВС РФ от 15 сентября 2015 г. № 18-КГ15-143; Определение СКЭС ВС РФ от 23 мая 2016 г. № 304-ЭС15-18474).

В отступление от логики принципа внесения в разъяснении ВС РФ указывается, что с момента возникновения соответствующего

основания для государственной регистрации права стороны сделки, на основании которой возникают, изменяются или прекращаются подлежащие государственной регистрации права на имущество, не вправе в отношениях между собой недобросовестно ссылаться на отсутствие в государственном реестре записи об этом праве (абзац второй п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Из этого правоположения можно сделать вывод о том, что в отношениях сторон сделки переход права собственности происходит и до регистрации перехода права, а это гипотетически дает приобретателю основания требовать по иску к отчуждателю признания права и до регистрации. Вместе с тем в практике высшей судебной инстанции это разъяснение поворота не повлекло. Напротив, она продолжает придерживаться ранее сформированной позиции о недопустимости удовлетворения требования о признании права собственности на недвижимое имущество на основании сделки в отсутствие государственной регистрации. О применимости этой логики к договорам купли-продажи будущей недвижимой вещи, включая так называемые инвестиционные договоры и договор участия в долевом строительстве, а также о различиях в подходах арбитражных судов и судов общей юрисдикции к разрешению споров из таких сделок см. п. 2.4 комментария к данной статье.

Аналогичного подхода придерживается практика применительно к другим объектам, требующим для перехода прав регистрационных действий. Так, в ситуации, когда переход права собственности на спорные акции (бездокументарные ценные бумаги, учитываемые посредством записей на лицевом счете, который ведется регистратором; право на именную бездокументарную ценную бумагу переходит к приобретателю с момента внесения приходной записи по лицевому счету приобретателя) от отчуждателя (ответчика) к приобретателю (истцу) в порядке, предусмотренном ч. 2 ст. 29 Федерального закона «О рынке ценных бумаг», не состоялся, истец не приобретает права собственности на ценные бумаги; отношения, возникшие между сторонами, имеют обязательно-правовой характер; поэтому основания для признания права собственности на акции за истцом отсутствуют (постановления Президиума ВАС РФ от 1 июня 1999 г. № 6759/98, от 1 марта 2005 г. № 10407/04, № 10408/04). Вместо иска о признании права следует требовать в судебном порядке внесения записей о переходе прав на ценные бумаги на условиях, предусмотренных договором с лицом, совершающим отчуждение (п. 4 ст. 149.2 ГК РФ), который направлен на присуждение к исполнению обязательства в натуре.

*(г) Условия допустимости требования о признании прав на недвижимое имущество в отсутствие регистрации*

С учетом изложенного заметим, что обращение в суд с требованием о признании права собственности на недвижимое имущество допустимо лишь в случаях, когда:

- в силу специальных правил (изъятий из принципа внесения) оно признается возникшим независимо от государственной регистрации;
- запись о праве собственности исключена из ЕГРН без должных оснований (при сохранении истцом владения спорным объектом);

а также

- возможность предъявления такого требования прямо предусмотрена законом (в большинстве этих случаев такие требования являются не установительными, а исполнительными или преобразовательными, поскольку решение суда не подтверждает ранее возникшее право, а становится юридическим фактом, влекущим возникновение права).

Согласно п. 11 и 59 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 к числу наиболее распространенных в обороте исключений из принципа внесения относятся следующие случаи приобретения права собственности на недвижимое имущество.

(i) Приобретение права собственности на недвижимость до вступления в силу Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, т.е. до 31 января 1998 г. (ст. 8 Вводного закона к ГК РФ, ст. 69 Закона о государственной регистрации недвижимости) первоначальным или производным способом.

Так, в одном из дел требование о признании права собственности на строение сочтено надлежащим способом защиты права при следующих обстоятельствах: истец строил объекты хозяйственным способом на собственные средства до вступления в силу Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, но возможности приемки их в эксплуатацию в установленном порядке у него не имелось, а ко времени рассмотрения спора не было возможности его восполнить или воспользоваться действовавшим тогда порядком; документы, позволяющие сделать вывод о том, что объекты недвижимости не угрожают общественным интересам, жизни и здоровью людей, от компетентных органов получены, представлены и судами нижестоящих инстанций исследованы. Поэтому требование о признании права собственности по существу сочтено направленным на подтверждение возникшего у истца права собственности на ранее созданные объекты недвижимости с целью последующей государственной регистрации данного права. Поскольку возможность государственной регистрации права собственности на указанные

постройки в административном порядке утрачена, судебная защита прав подобных собственников недвижимости не может быть менее эффективной, чем для случаев признания судом за лицами, не являющимися собственниками, права собственности на чужое либо бесхозяйное имущество по давности владения или права собственности на возведенную ими самовольную постройку, а практика допускает возможность удовлетворения судом иска о признании права собственности, заявленного лицом, чье право возникло до вступления в силу Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и не регистрировалось в соответствии с п. 1 и 2 ст. 6 названного Закона (п. 59 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), право собственности истца на спорные объекты подлежит признанию, и такое решение является основанием для государственной регистрации этого права (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 5698/12).

Применительно к случаям производного приобретения права собственности до введения системы государственной регистрации прав на недвижимость см. Определение СКЭС ВС РФ от 20 ноября 2015 г. № 306-ЭС15-7435.

(ii) Приобретение прав на недвижимость после введения системы государственной регистрации прав на недвижимость, но в порядке универсального правопреемства.

Речь идет в первую очередь о наследовании (абзац второй п. 2 ст. 218, п. 4 ст. 1152 ГК РФ). Иски о признании прав на наследственное имущество (права собственности на имущество в порядке наследования) нередко соединяются с требованиями о признании недействительным завещания или о включении имущества в состав наследства при отсутствии надлежаще оформленных документов, подтверждающих право собственности наследодателя на имущество (см., например, абзац четвертый п. 3, п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

В качестве примера требования о признании права собственности в порядке наследования (безотносительно к принципу внесения, поскольку речь шла о движимом имуществе) можно также привести случай, когда в уголовном деле по факту убийства с целью хищения отец убитого (будучи его наследником первой очереди по закону согласно п. 1 ст. 1142 ГК РФ) предъявил гражданский иск о признании права собственности на транспортное средство, хищение которого (с дальнейшей регистрацией на имя убийцы) стало целью убийства и которое впоследствии было признано вещественным доказательством. В приговоре суда одновременно было постановлено данный

автомобиль конфисковать в соответствии со ст. 104.1 УК РФ, а в описательно-мотивировочной части указано, что требования о признании права собственности на указанную автомашину подлежат рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства. При пересмотре в порядке надзора приговор в части конфискации спорного имущества был отменен, гражданский иск о признании за потерпевшим права собственности на указанное имущество был передан на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства (Постановление Президиума ВС РФ от 13 апреля 2011 г. № 33П11).

Та же ситуация возникает в случае реорганизации юридического лица (абзац третий п. 2 ст. 218 ГК РФ).

(iii) Приобретение прав на недвижимость в случае полного внесения членом потребительского кооператива (жилищного, жилищно-строительного, дачного, гаражного, иного) своего паевого взноса за квартиру, дачу, гараж, иное помещение, предоставленное этим лицам кооперативом (п. 4 ст. 218 ГК РФ).

(iv) Иные случаи. В частности, в практике также признаются исключениями из принципа внесения, допускающими установительные требования, следующие ситуации:

– отнесение специальным указанием закона земельных участков к собственности определенных публично-правовых образований в целях разграничения государственной собственности на землю (например, п. 3 ст. 3.1 Вводного закона к ЗК РФ): закрепленное в ней разграничение государственной и муниципальной собственности на землю должно реализовываться вне проведения каких-либо специальных процедур по передаче участков из собственности одного публичного образования в собственность другого. Если право муниципальной собственности на участок основывается на этой норме, но не может быть зарегистрировано ввиду наличия зарегистрированного права Российской Федерации на указанный участок, муниципальное образование вправе защищать свои права посредством иска о признании права (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июля 2011 г. № 2178/11);

– получение имущества в качестве ликвидационного остатка участником юридического лица, ликвидированного по решению налогового органа (абзац третий п. 1 ст. 67 ГК РФ): при ликвидации общества по решению налогового органа (а не в порядке, предусмотренном ст. 62, 63 ГК РФ) участник такого общества может быть лишен возможности заявить о своих правах на оставшееся после ликвидации юридического лица имущество, иначе как заявив требование о признании права собственности на данное имущество (Определение СКГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 78-КГ17-46);



– возникающие непосредственно в силу закона у кредитора права залога на строения, возведенные на участке, право аренды которого передано в залог этому кредитору; признания права залога на вновь возведенные строения кредитор может требовать в судебном порядке (Определение СКЭС ВС РФ от 23 марта 2016 г. № 305-ЭС15-15840).

Многие другие исключения из принципа внесения разбираются в комментарии к ст. 8.1 ГК РФ.

Отдельного упоминания заслуживают случаи, когда требования о признании прав мотивируются отпадением основания их прекращения или перехода (например, недействительностью сделки, направленной на передачу или прекращение права либо состоящей в исполнении основного обязательства, повлекшем прекращение прав из акцессорного обязательства).

Так, нередко требование о признании права собственности мотивируется ссылкой на ничтожность сделки об отчуждении спорного имущества при сохранении истцом фактического владения вещью. В такой ситуации не требуется предъявление виндикационного требования (ст. 301–302 ГК РФ), а в силу общего правила о том, что недействительная сделка не влечет юридических последствий (п. 1 ст. 167 ГК РФ), напрашивается вывод, что она не повлекла и перехода к «приобретателю» права собственности, которое сохранилось за «отчуждателем», но нуждается в признании судом в силу спорного характера отношений и допустимости оспаривания зарегистрированного права лишь в судебном порядке. Поскольку при таком оспаривании суд разрешает спор о гражданских правах на недвижимое имущество, соответствующие требования рассматриваются в порядке искового производства. Оспаривание зарегистрированного права на недвижимое имущество осуществляется путем предъявления исков. Лицо, считающее себя собственником находящегося в его владении недвижимого имущества, право на которое зарегистрировано за иным субъектом, вправе обратиться в суд с иском о признании права собственности (абзац первый п. 6 ст. 8.1 ГК РФ, ч. 5 ст. 1 Закона о государственной регистрации недвижимости; п. 52, 53, 58 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; постановления Президиума ВАС РФ от 16 марта 2010 г. № 14882/09, от 21 сентября 2010 г. № 6436/09, от 26 ноября 2013 г. № 7317/13).

В силу приведенных норм и разъяснений в ситуации неправомерной регистрации прав на объект за ответчиком именно требование о признании права служит надлежащим способом защиты для истца, несмотря на очевидное отсутствие регистрации его права.

Если в резолютивной части судебного акта решен вопрос о применении последствий недействительности сделки в виде возврата недвижимого имущества одной из сторон сделки, то такие решения являются основанием для внесения записи в ЕГРН. В то же время решение суда о признании сделки недействительной, которым не применены последствия ее недействительности, не является основанием для внесения записи в ЕГРН (п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Исходя из этой логики, если суд рассматривал требование о признании сделки недействительной (в том числе о признании таковой ничтожной сделки), в отсутствие требования о признании права истца на объект, права на который незаконно зарегистрированы за ответчиком на основании успешно оспоренной сделки, суд, будучи связан предметом иска, не может в резолютивной части решения делать вывод о принадлежности объекта истцу. Последнему следует соединить требования о признании сделки недействительной и о признании за собой права, если он заинтересован в подобном решении.

В практике представлены противоречивые суждения относительно того, требуется ли для признания права истца на объект, зарегистрированный за ответчиком, отдельное от иска о признании «оспаривание права ответчика». Ранее высказывалась позиция, согласно которой нельзя признать правомерным признание судом за истцом права собственности на спорное имущество при наличии записи в ЕГРП о праве ответчика на то же имущество без одновременного оспаривания права собственности последнего (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 августа 2002 г. № 3207/02).

Между тем в проекте Концепции развития законодательства о вещном праве справедливо указывается на возможность оспаривания зарегистрированного права путем предъявления требования о признании права (п. 3.6 раздела «Общие положения о вещных правах»). Иными словами, предъявление требования о признании права собственности на занимаемый истцом объект недвижимости само по себе является по существу оспариванием зарегистрированного права ответчика.

Это логично. Поэтому в более позднем судебном акте справедливо подчеркивается, что разрешение такого требования не может быть поставлено в зависимость от предъявления истцом требований об оспаривании зарегистрированного права на спорное имущество; противоположная (ранее высказанная) позиция, согласно которой заявление требования о признании права собственности без одновременного оспаривания зарегистрированного права ответчика недопу-

стимо, признается неверной (Определение СКГД ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 71-КГ15-6).

Практика допускает заявление требований о признании обеспечительных прав, если, например, признается недействительной сделка, направленная на их прекращение, в частности соглашение о расторжении договора залога; в такой ситуации интерес залогового кредитора может быть направлен на восстановление прав залогодержателя по отношению к спорному имуществу в порядке применения последствий недействительности сделки, а требование о признании его прав залогодержателя на спорное имущество следует квалифицировать в качестве требования о признании за истцом права обременения недвижимого имущества и при установлении принадлежности ему названного права указать на это в резолютивной части решения. Такое решение по смыслу п. 56 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 является основанием для внесения соответствующей записи в ЕГРН (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 октября 2013 г. № 8094/13).

Еще одним примером возможности восстановления права залога и предъявления требования о признании права является ситуация, когда в ходе обращения взыскания на предмет залога он реализуется с торгов, что приводит к прекращению залога и погашению ипотечной записи, а впоследствии торги и заключенный на них договор об отчуждении имущества признаются недействительными, что должно вести к восстановлению права залога, о признании которого может быть предъявлено требование в судебном порядке (данную фабулу см. подробнее в Определении СКГД ВС РФ от 17 апреля 2018 г. № 4-КГ18-21).

Кроме того, при рассмотрении в деле о банкротстве требования о признании исполнения должником обязательства недействительной сделкой кредитор вправе предъявить требование, направленное на констатацию существования обеспечительных правоотношений между ним и лицами, выдавшими обеспечение. Поскольку названное требование тесно связано с восстановлением основного кредитного долга, они могут быть рассмотрены совместно в рамках дела о банкротстве. В таком случае суд привлекает лиц, выдавших обеспечение, в качестве ответчиков и проверяет существование юридических связей между ними и истцом на момент разрешения спора, т.е. проверяет основания возникновения обеспечительных обязательств (в том числе при наличии соответствующих возражений — на предмет их действительности), а также устанавливает, имелись ли условия для их прекращения с учетом того, что осуществленное ранее и признанное недействительным исполнение не может считаться надлежащим. Решение по названному

спору имеет обязательное значение (ст. 16 и 69 АПК РФ) впоследствии – при рассмотрении дела о взыскании долга с поручителя или обращении взыскания на залоговое имущество в общеисковом порядке. Если возникновение, изменение или прекращение обеспечительных прав подлежит государственной регистрации (например, ипотека), такое решение по требованию о признании обеспечительных правоотношений является основанием для внесения соответствующей записи в ЕГРН (в частности, когда запись ранее была погашена на основании совместных волеизъявлений кредитора и должника по обеспечительному обязательству). Вместе с тем кредитор, не заявляя предварительно требование о признании обеспечительных правоотношений, вправе обратиться с иском о присуждении (о взыскании долга с поручителя или обращении взыскания на залоговое имущество), при рассмотрении которого суд устанавливает наличие или отсутствие обеспечительных правоотношений между сторонами и проверяет наличие оснований для обязанности ответчика к осуществлению предоставления в пользу истца по обеспечению, например к выплате долга по поручительству (Определение от 27 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-2344(13) (включено в Обзор судебной практики ВС РФ № 3 (2018), утвержденный Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.)).

*(д) Вопрос о признании права из незарегистрированной сделки*

Ранее высшие судебные инстанции разъясняли, что если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, то сторона сделки не имеет права на удовлетворение иска о признании права, основанного на этой сделке, так как соответствующая сделка до ее регистрации не считается заключенной либо действительной в случаях, установленных законом; при этом суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации сделки (п. 2 ст. 165 ГК РФ) (п. 63 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Представляется, что применительно к договорам данное разъяснение утратило свою актуальность ввиду как изменения законодательства (см. п. 3 ст. 433 ГК РФ), так и разъяснений высших судебных инстанций, закрепивших в нашем праве правило о действительности, но непротивопоставимости незарегистрированного договора.

Так, согласно более новому разъяснению, момент заключения договора, подлежащего государственной регистрации, в отсутствие таковой в отношении его сторон определяется по правилам п. 1 и 2 ст. 433 ГК РФ (т.е. для консенсуальных договоров – с момента получения оферентом акцепта, а для реальных – с момента передачи имущества) (абзац первый п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г.

№ 49). Отсутствие регистрации сделки теперь предполагает, что сделка совершена и порождает правовые последствия для ее сторон, но права и обязанности по ней не могут быть противопоставлены субъективно добросовестным третьим лицам, которые не знали о сделке и не должны были знать о ней из иных источников. Ранее, еще до появления в 2015 г. нормы п. 3 ст. 433 ГК РФ, аналогичные разъяснения (с некоторыми незначительными вариациями) давал ВАС РФ применительно к ранее действовавшему законодательству (п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73, п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165).

Ввиду изложенного отсутствие регистрации договора при рассмотрении спора между его сторонами не должно служить препятствием к признанию обязательственного права, возникшего на основании такого договора, а разъяснение, данное в п. 63 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, нуждается в корректировке. Например, вполне может быть удовлетворен иск о признании права аренды, вытекающего из незарегистрированного договора.

*(е) Выбор редакции закона, применимой в деле по иску о признании права*

Применительно к интеллектуальным правам ВС РФ разъясняет, что при рассмотрении дел о признании прав (т.е. об их принадлежности конкретному лицу) подлежит применению законодательство, действовавшее на момент возникновения соответствующего права. Так, автор произведения определяется на основе законодательства, действовавшего на момент его создания; автор изобретения, полезной модели, промышленного образца или селекционного достижения — на основе законодательства, действовавшего на дату подачи заявки на выдачу соответствующего патента. На этот же момент учитывается и гражданство автора в случаях, когда это имеет значение для спорных правоотношений (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

В значительном количестве случаев это правоположение применимо и к требованиям о признании иных прав, в первую очередь вещных (как другой разновидности абсолютных прав). Вместе с тем в ситуациях, когда права возникают из договора (относительные права), редакция закона, подлежащая применению при рассмотрении требования о признании таких прав, должна определяться в соответствии с общими правилами о применении актов гражданского законодательства к договорным отношениям: если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, его условия (в том

числе определенные императивными и диспозитивными нормами, действовавшими при заключении договора) сохраняют силу, кроме случаев, когда законом установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров (предложение второе п. 2 ст. 4 и п. 2 ст. 422 ГК РФ).

*(ж) Темпоральный аспект допустимости требований о признании*

В большинстве случаев в делах по требованиям о признании прав обсуждаются существующие права. Именно такой подход вытекает из приведенного выше постулата о том, что рассмотрению подлежат требования о признании лишь возникших прав при представлении доказательств их возникновения. Вместе с тем в доктрине и практике иногда обсуждается проблема допустимости признания прав, которые существовали в прошлом или должны возникнуть в будущем в случае наступления определенных фактических обстоятельств.

В практике имело место дело по иску наследника о признании права собственности на жилое помещение в порядке наследования по закону. В этом деле одним из мотивов для отказа в иске нижестоящими инстанциями послужило то обстоятельство, что при жизни доли сособственников (супругов — умерших родителей истца) в совместной собственности не были определены, а истцом соответствующих требований (надо полагать, требований о признании прав умерших родителей на совместно нажитое имущество) не заявлено. В обоснование отмены судебных актов, содержащих этот довод, было отмечено, что законом не предусмотрено признание права собственности на имущество за умершим гражданином, поскольку правоспособность гражданина прекращается его смертью (п. 2 ст. 17 ГК РФ), а потому вопрос об определении долей сособственников в общем имуществе после смерти всех участников совместной собственности разрешается в рамках наследственных правоотношений при определении состава наследства как юридически значимого обстоятельства (Определение СКГД ВС РФ от 19 июня 2018 г. № 5-КГ18-136).

Довод о недопустимости признания правоотношений, существовавших в прошлом, в целом соответствует воззрениям доктрины. Вместе с тем в литературе можно встретить ссылку на дело, рассмотренное высшей судебной инстанцией Германии, которая признала допустимым иск о признании правоотношения, существовавшего в прошлом, если это отношение образует основу для притязания. Фабула дела сводилась к заключению договора простого товарищества, приобретению в ходе его исполнения недвижимого имущества, которое должно было поступить в общую собственность товарищей, но было зарегистрировано лишь за одним из них, а впоследствии частично реализовано, после

чего этот товарищ умер. Другой товарищ предъявил иск к наследнику о признании доли в праве на приобретенное в ходе исполнения имущество (как впоследствии реализованное, так и сохранившееся) и права на получение доли выручки от реализации части имущества.

Как видно из обоих приведенных дел, основной интерес истца по существу заключается в том, чтобы получить активы (вещь или право требования), которые причитаются истцу на основании правоотношений, существовавших в прошлом, но прекратившихся без передачи активов. Эта задача может быть решена различными инструментами. Во втором случае суд счел возможным отступить от общего правила и допустить признание отношений, существовавших в прошлом. В первом случае с той же целью суд указал иной способ, позволяющий учесть законный интерес участника дела, — рассматривать состав имущественной массы (и принадлежность к ней спорных прав как результат наступления ряда юридических фактов) как вопрос факта, а не вопрос существования правоотношений.

Отрицательное отношение демонстрируют доктрина и практика также к возможности признания прав, которые могут возникнуть в будущем. Так, практике известно дело по иску о признании исключительных прав издателя энциклопедий на использование предполагаемых к изданию в будущем сборников. Фабула дела состояла в следующем: в серии «Энциклопедия для детей» одно издательство (истец) выпустило пять книг, но во время подготовки очередного тома другое издательство (ответчик) начало выпускать в свет свою серию «Энциклопедия для детей и юношества», чем, по мнению истца, нарушило его исключительные права. Истец обратился в суд с требованием к ответчику о признании исключительных прав на использование в целом энциклопедического издания серии «Энциклопедия для детей», пояснив, что под использованием в целом имел в виду признание исключительных прав на использование книг этой серии, как изданных, так и подлежащих изданию в будущем. Ответчик возражал против признания за издательством исключительных прав на произведения, которые могут быть созданы в будущем. Истец не представил доказательств того, что новые сборники существуют в объективной форме и могут быть воспроизведены. Исходя из этого, требование о признании исключительных прав на использование предполагаемых к изданию в будущем сборников (энциклопедий) отклонено (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47).

Вместе с тем грань, отделяющая существующие права от будущих, весьма зыбка. В дореволюционной литературе в качестве примера допустимого иска приводился сюжет из практики высшей судебной

инстанции Германии с требованием о признании права, которое должно возникнуть в случае наступления такого юридического факта, наступление которого еще не состоялось, но оценивается как в высшей степени вероятное в ближайшем будущем, исходя из уже имеющих место обстоятельств. По существу, речь идет о признании в судебном порядке условных обязательств и подтверждении возможности возникновения прав и обязанностей в качестве содержания полноценных обязательств на случай наступления условия. По всей видимости, наша правовая система к такого рода искам о признании не готова.

*(з) Активная легитимация*

Очевидное общее правило заключается в том, что требование о признании права могут предъявлять предполагаемый субъект спорного абсолютного права или предполагаемая управомоченная сторона в спорном относительном правоотношении.

Для случаев, когда речь идет о признании права собственности на недвижимое имущество, практика выработала дополнительно два постулата: с одной стороны, требование о признании права на объект недвижимости может предъявить только лицо, владеющее спорным объектом; с другой стороны, оно может предъявить такое требование, если право на спорный объект зарегистрировано в ЕГРН не за ним (абзац первый п. 6 ст. 8.1 ГК РФ; п. 58 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2012 г. № 13225/11; определения СКГД ВС РФ от 4 апреля 2017 г. № 4-КГ17-8, от 5 сентября 2017 г. № 41-КГ17-15).

Сохранение владения истцом важно в силу того, что в случае его утраты спор о праве на вещь сопряжен с требованием об изъятии вещи у ответчика и передаче ее истцу (требование о присуждении), а потому он должен разрешаться по правилам о виндикации (ст. 301 и 302 ГК РФ).

В ситуации, когда истец лишен владения, достаточно предъявления виндикационного иска, предъявлением которого истец и оспаривает зарегистрированное право ответчика, и потребует как признания собственного права на спорный объект, так и его изъятия у ответчика с передачей истцу.

Практика допускает заявление требования о признании одновременно с требованием о присуждении (такое соединение описывается в п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64). В случае признания судом права собственности собственник имеет право на удовлетворение его требований путем истребования имущества из чужого незаконного владения (ст. 301 и 302 ГК РФ). Лицо, право собственности которого не зарегистрировано, не лишено права



заявлять одновременно два требования — о признании права собственности и об истребовании имущества. Последовательное предъявление требований — вначале о признании права собственности, а после вступления решения в силу об истребовании имущества (о присуждении) — обязательным не является (Определение СКГД ВС РФ от 13 сентября 2016 г. № 5-КГ16-57).

В качестве исключения из требования сохранения истцом владения спорным объектом можно привести следующее дело. По договору аренды нежилых помещений между государственным учреждением и коммерческой организацией арендатору предоставлено право реконструкции и капитального ремонта имущества за его счет, а также дано согласие на капитальное переоборудование объекта. Арендатор реконструировал помещение за свой счет. В иске о сносе реконструированного объекта как самовольной постройки отказано ввиду правомерности строительства. Обе стороны договора аренды претендовали на регистрацию за собой права собственности на реконструированный объект. Регистрирующий орган отказал собственнику имущества арендодателя в регистрации права собственности, отказ был оспорен в суде, но поддержан судами. После этого собственник имущества арендодателя обратился с требованием о признании права собственности на объект. Рассмотрев это дело, высшая судебная инстанция указала, что спорный объект находится в законном владении фирмы, намерения его истребовать у истца нет, поэтому виндикация неприменима, следовательно, иск о признании права — надлежащий способ защиты. Исходя из этой фабулы, правовую позицию можно сформулировать следующим образом: если ответчик занимает спорный объект на законном основании, истец не выражает намерение возвратить (истребовать у ответчика) объект (т.е. между сторонами отсутствует конфликт по поводу владения), а предметом спора является именно принадлежность права собственности на объект ввиду его регистрации за ответчиком при оспаривании данного права истцом (или ввиду совершения ответчиком действий, направленных на такую регистрацию) и при этом обязательно-правовое требование истца к ответчику (о регистрации права собственности на спорный объект) оставлено судом без удовлетворения, требование о признании права собственности на спорный объект является надлежащим способом защиты права (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 11778/12). Аналогичной позиции, видимо, нужно придерживаться в ситуации, когда спорный объект находится в непосредственном владении арендатора, а сам спор о праве собственности возникает между двумя лицами, ни одно из которых, следовательно,

не является непосредственным владельцем и не претендует на получение непосредственного владения. Вместе с тем этот вывод может быть скорректирован, если ответчик является арендодателем и в силу этого – опосредованным владельцем объекта, и одновременно с правом собственности истец оспаривает опосредованную владельческую позицию ответчика.

Кроме того, ряд противоположений выработан практикой для отдельных видов прав и субъектов. Так, признание права хозяйственного ведения и есть признание права государственной собственности (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13), поэтому, если унитарное предприятие или учреждение обратилось в суд с иском о признании права хозяйственного ведения, оперативного управления, суду необходимо установить, находится ли спорное имущество в государственной или муниципальной собственности, и привлечь к участию в деле собственника унитарного предприятия или учреждения (абзац второй п. 6 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Государственное унитарное предприятие или государственное учреждение с учетом одобрения исковых требований собственником имущества в лице ведомства по управлению государственным имуществом является надлежащим истцом по иску о признании права федеральной собственности (неотъемлемого от требования о признании права хозяйственного ведения предприятия или права оперативного управления учреждения), поскольку такой иск имеет целью восстановление нарушенного иного вещного права федерального предприятия или учреждения (постановления Президиума ВАС РФ от 2 августа 2005 г. № 1206/05, от 29 сентября 2009 г. № 6478/09, от 5 октября 2010 г. № 4502/10; Определение СКГД ВС РФ от 1 сентября 2015 г. № 18-КГ15-113). Напротив, в отсутствие согласия собственника имущества в лице ведомства по управлению государственным имуществом учреждение не вправе обращаться в суд с иском о признании права оперативного управления и одновременно права федеральной собственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 сентября 2012 г. № 4433/12).

Товарищество собственников жилья представляет законные интересы собственников помещений в многоквартирном доме в отношениях с третьими лицами (но не одних собственников помещений в отношениях с другими собственниками), в том числе путем обращения в суд, т.е. является надлежащим истцом по иску о признании права общей собственности на общее имущество дома, если иск предъявлен третьему лицу, но не является надлежащим истцом, если иск о признании права предъявляется собственнику одного из помещений в доме (п. 1

ст. 291 ГК РФ; ч. 1 ст. 135, п. 8 ст. 138 ЖК РФ; Постановление Президиума ВАС РФ от 13 октября 2009 г. № 7319/09).

Управляющей компании, напротив, на обращение в суд с требованием о признании права общей долевой собственности на общее имущество дома требуется полномочие от общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме (Определение СКЭС ВС РФ от 12 мая 2015 г. № 303-ЭС14-4720).

Доверительный управляющий вправе предъявлять иск о признании права собственности, действуя от имени владельцев инвестиционных паев; приобретенные доверительным управляющим в результате действий по доверительному управлению имуществом права не будут принадлежать самому доверительному управляющему, а подлежат передаче учредителю управления и включаются в состав переданного в доверительное управление имущества (Определение СКЭС ВС РФ от 26 января 2017 г. № 306-ЭС14-7266).

#### *(и) Пассивная легитимация*

В доктрине и практике подчеркивается важность предъявления иска о признании права надлежащему ответчику. Значимость его правильного определения обусловлена двумя обстоятельствами.

С одной стороны, для достижения цели истца в защите законного интереса необходимо, чтобы законная сила судебного решения связывала именно то лицо, с которым у истца есть действительный спор о праве или со стороны которого истцу угрожает опасность нарушения права.

С другой стороны, процесс по иску о признании права, заявленному к ненадлежащему ответчику, который не имеет законного интереса в исходе дела, не должен стать для истца способом недобросовестного (а то и вовсе криминального) присвоения имущества.

Существенность корректного выбора надлежащего ответчика подчеркивается в ряде правовых позиций высших судебных инстанций. При рассмотрении дела по требованию о признании права суд с целью определения субъектов спорного правоотношения, имеющих истинный интерес в исходе дела, должен учитывать правопритязания лиц, имеющих прямой интерес в его разрешении, проверять интерес лица, привлеченного истцом к участию в деле ответчика, мотивировать его статус на момент рассмотрения спора (Определение СКЭС ВС РФ от 7 марта 2019 г. № 310-ЭС18-20413). В частности, отмечается, что указание в качестве ответчика лица, которое не имеет законного материального интереса в отношении прав на спорный объект, преследует цель уклониться от соблюдения установленного законодательством порядка регистрации прав на недвижимое имущество; обход этого

порядка может рассматриваться как нарушение основополагающих принципов российского права, а создание видимости частноправового спора для получения формальных оснований регистрации права на недвижимое имущество влечет подмену законных функций государственных органов по регистрации прав на недвижимое имущество и противоречит публичному порядку (Постановление Президиума ВАС РФ от 12 мая 2009 г. № 17373/08).

Надлежащим ответчиком по иску, направленному на оспаривание зарегистрированного права или обременения, является лицо, за которым зарегистрировано спорное право или обременение (абзац первый п. 53 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Так, судами рассматривалось дело по иску одной коммерческой организации (инвестора, внесшего средства в целях финансирования реконструкции здания) к другой (заказчику-застройщику) и публичному образованию (собственнику здания до реконструкции) о признании права собственности на ряд помещений в здании, ранее зарегистрированных за гражданами, привлеченными к участию в деле не в качестве ответчиков, а в качестве третьих лиц без самостоятельных требований относительно предмета спора. В результате разрешения дела признан правильным подход, согласно которому при наличии зарегистрированных прав на спорное имущество признание прав на него другого лица без оспаривания им зарегистрированных прав не допускается (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 мая 2007 г. № 15184/06). В данном деле требование о признании прав на спорные объекты во всяком случае не могло быть удовлетворено ввиду того, что в качестве ответчиков (т.е. лиц, с которыми имеется спор о праве) истец указал не реестровых собственников (надлежащих ответчиков), право которых истцу следовало оспаривать, а иных лиц, которых (при наличии реестровых собственников) нельзя признать надлежащими ответчиками.

Противоречивая практика складывается по спорам о признании ограниченных вещных прав. С одной стороны, как отмечено выше, приемлемым считается иск государственного предприятия или учреждения о признании таких ограниченных вещных прав, как право хозяйственного ведения или оперативного управления (и одновременно о признании права государственной собственности), к частному лицу, считающему себя собственником спорного имущества (постановления Президиума ВАС РФ от 2 августа 2005 г. № 1206/05, от 29 сентября 2009 г. № 6478/09, от 5 октября 2010 г. № 4502/10; Определение СКГД ВС РФ от 1 сентября 2015 г. № 18-КГ15-113).

С другой стороны, в практике высказана позиция, согласно которой требование о признании такого ограниченного вещного права, как

право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, является надлежащим способом защиты прав землепользователя только от нарушений со стороны собственника земельного участка; если истец (государственное учреждение) по существу ссылается на отсутствие у ответчиков (граждан) права собственности на земельный участок, использован ненадлежащий способ защиты (Определение СКГД ВС РФ от 4 апреля 2017 г. № 4-КГ17-8).

Очевидно, что, если абстрагироваться от вида ограниченного вещного права, о признании которого заявлено требование, приведенные позиции вступают в коллизию друг с другом. Между тем закон наделяет любого владельца – субъекта ограниченного вещного права – возможностью защищать свои права и интересы в отношениях со всеми участниками оборота; в качестве возможных ответчиков по таким требованиям могут выступать как собственник, так и любые третьи лица (ст. 305 ГК РФ). Из этой нормы нельзя сделать вывод, что в целях пассивной легитимации по вещным искам субъектов ограниченных вещных прав закон предписывает либо допускает противопоставление или дифференциацию собственника и третьих лиц. Поэтому вторая из вышеприведенных позиций представляется необоснованной.

*(к) Примеры установительных требований: признание вещных прав*

Как уже отмечено выше, в практике наиболее широко распространены требования о признании права собственности (преимущественно на недвижимое имущество). Эти требования квалифицируются в качестве вещно-правового способа защиты (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2007 г. № 2358/06). Из этого постулата делаются выводы о том, что такое притязание может быть заявлено лишь в отношении индивидуально-определенной вещи (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2003 г. № 5674/02, Постановление Президиума ВС РФ от 30 декабря 2009 г. № 56пв09, Определение СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 23-КГ15-7), притом существующей, т.е. сохранившейся в натуре (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 сентября 2008 г. № 8356/08, Постановление Президиума ВС РФ от 30 декабря 2009 г. № 56пв09). Это требование не может быть удовлетворено, если спорная вещь погибла или уничтожена (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 мая 2007 г. № 2358/06), в частности, если она перестала существовать как отдельный предмет, например, ввиду юридической гибели вследствие включения в состав другой вещи (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 октября 1999 г. № 3655/99).

В судебном порядке рассматриваются также споры о признании права общей долевой собственности на общее имущество здания (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64).

Практика допускает требования о признании права пользования частью земельного участка, занятой строением и необходимой для его использования (п. 1 ст. 271 ГК РФ); в случае повреждения строения, расположенного на земельном участке, принадлежащем не собственнику строения, а иному лицу, собственник строения может обратиться с таким требованием к собственнику земельного участка с целью сбора документов, необходимых для получения разрешения на выполнение строительных работ по восстановлению строения (включающих документ о правах на земельный участок (п. 1 ч. 7 ст. 51 ГрК РФ)), и такое требование признается надлежащим способом защиты (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 апреля 2008 г. № 17616/07; см. также Определение СКГД ВС РФ от 26 августа 2014 г. № 4-КГ14-16, которым признается возможность рассмотрения иска о признании права на оформление земельного участка).

*(л) Примеры установительных требований: признание обязательственных прав*

Особого упоминания заслуживает проблема допустимости требования о признании обязательственных прав. В дореволюционной литературе именно такие притязания служили наиболее наглядными примерами, подтверждавшими саму необходимость допущения в судебной практике требований о признании права.

В современной российской доктрине вопрос о возможности или целесообразности допущения требований о признании обязательственных прав является дискуссионным. Против рассмотрения судами требований высказываются доводы, согласно которым содержание обязательства образует право кредитора требовать от должника совершения определенного действия или бездействия (п. 1 ст. 307 ГК РФ), а потому нарушенные права и законные интересы кредитора могут быть эффективно защищены лишь притязанием о присуждении к исполнению; если такое притязание доступно кредитору, у него нет отдельного интереса в заявлении требования о признании права.

Между тем ряд примеров опровергает справедливость подобных утверждений. Так, в практике имеют место дела по заявлениям о признании договоров заключенными, которые свидетельствуют о наличии спора о праве и должны рассматриваться в порядке искового, а не особого производства (см., например, п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 февраля 2004 г. № 76). Пример такого спора с подтверждением обоснованности судебных актов, которыми удовлетворены иски о признании договора заключенным, есть и в практике высшей судебной инстанции (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2003 г. № 12998/03). Возможность

рассмотрения и удовлетворения требования о признании договора заключенным отмечается и в актах КС РФ (абзац первый п. 1 мотивировочной части Определения от 23 апреля 2015 г. № 908-О). Заявляя такое притязание, истец по существу требует признания не столько наступления юридического факта (заключения договора), сколько возникновения в связи с ним обязательственных и иных правоотношений определенного содержания, комплекса прав и обязанностей, что вписывается в конструкцию позитивного иска о признании (требования о признании права).

Такие требования, являющиеся установительными, следует отличать от требований о понуждении к заключению договора, являющихся преобразовательными. Когда лицо требует заключения договора по суду, с момента вступления решения суда в силу договор считается заключенным (п. 4 ст. 445 ГК РФ), т.е. решение суда создает, а не подтверждает ранее возникшие договорные права.

Иски о признании договора незаключенным направлены на подтверждение отсутствия правоотношения и относятся к негативным искам о признании (см. подробнее о них п. 2.5 комментария к данной статье).

Кроме того, уже достаточно давно констатировалась допустимость требования о признании права на получение предусмотренного договором исполнения (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 2000 г. № 56).

При рассмотрении одного из дел признан заслуживающим уважения интерес арендатора в признании права аренды на определенный (весьма длительный) срок в ситуации, когда между арендодателем и арендатором возник спор о связанности арендодателя дополнительным соглашением к договору аренды, заключенным предыдущим собственником объекта и существенно продлившим срок, указанный в первоначально заключенном договоре (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2011 г. № 18168/10).

Широкое распространение в практике судов общей юрисдикции получили требования о признании права пользования жилым помещением (см., например, определения СКГД ВС РФ от 23 сентября 2014 г. № 5-КГ14-66, от 5 декабря 2017 г. № 5-КГ17-200), в том числе на условиях договора социального найма (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 26 января 2016 г. № 16-КГ15-44). Необходимость в использовании такого иска возникает, например, в ситуации, когда истец занимает эти помещения на основании договора социального найма, а впоследствии данные помещения учитываются в реестре муниципальной собственности как объекты нежилого фонда, т.е. нежилые

помещения в жилом доме (Определение СКГД ВС РФ от 17 февраля 2015 г. № 34-КГ14-14).

Еще одним примером разумной возможности отдельного решения вопроса о существовании правоотношения и удовлетворения отдельных вытекающих из него притязаний может служить комплекс последствий причинения вреда здоровью. В актах КС РФ с опорой на ч. 3 ст. 209 ГПК РФ указывается, что существование, субъектный состав и содержание отношения, предполагающего внесение одной стороной периодических платежей в пользу другой, ввиду его длящегося характера могут устанавливаться одним (ранее принятым) судебным решением, а позднее – при изменении обстоятельств, влияющих на размер и продолжительность платежей (включая изменение потребностей потерпевшего в лечении, уходе и т.п.), – любая из сторон вправе требовать их изменения путем предъявления нового иска (п. 5–5.2 мотивировочной части постановления КС РФ от 25 июня 2019 г. № 25-П).

Если следовать этой логике, непосредственно после причинения вреда здоровью потерпевший может обратиться к причинителю вреда с установительным требованием – о признании права на возмещение вреда здоровью (см. Определение СКГД ВС РФ от 9 июля 2018 г. № 34-КГ18-9 (включено в п. 13 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018), утвержденный Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.)), а со временем (по мере несения затрат и изменения различных обстоятельств) – также с исполнительным или с преобразовательным притязанием, т.е. с требованием о взыскании определенных сумм либо об изменении размера или продолжительности выплат.

Гражданский иск в уголовном деле (требование о возмещении имущественного вреда, причинен непосредственно преступлением) является иском о присуждении (ст. 44 УПК РФ). Вместе с тем при необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства, когда это не влияет на решение суда о квалификации преступления, мере наказания и по другим вопросам, возникающим при постановлении приговора, закон дает суду право ограничиться признанием права на удовлетворение гражданского иска с передачей вопроса о размере возмещения для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства (ч. 2 ст. 309 УПК РФ, абзац второй п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 29 ноября 2016 г. № 55). В таком случае в части гражданского иска приговор имеет лишь установительное значение.

Аналогичные примеры из практики высших судебных инстанций России и Германии приводились в русской дореволюционной литературе.



В качестве требования о признании за определенным лицом (должником, признанным банкротом) права на имущественное требование к третьему лицу был квалифицирован иск конкурсного управляющего о признании недействительными уступки должником требования и перехода требования к третьему лицу (Определение СКЭС ВС РФ от 6 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8204).

Еще один пример констатации допустимости требования о признании обязательственных прав приведен выше: в ситуации, когда признается недействительным исполнение обеспеченного (основного) обязательства, допустимо требование о признании прав из обеспечительного (акцессорного) обязательства (Определение от СКЭС ВС РФ от 27 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-2344(13) (включено в Обзор судебной практики ВС РФ № 3 (2018), утвержденный Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.)).

В сфере семейных отношений распространены основанные на п. 2 ст. 45 СК РФ требования о признании долговых обязательств общим обязательством супругом (Определение СКГД ВС РФ от 22 декабря 2015 г. № 16-КГ15-35).

В практике можно даже встретить требования о признании права на электрическую мощность (наибольшую величину, определенную к одномоментному использованию энергопринимающими устройствами в соответствии с документами о технологическом присоединении, в пределах которой сетевая организация принимает на себя обязательства обеспечить передачу электрической энергии) и их рассмотрение по существу (Определение СКЭС ВС РФ от 8 сентября 2016 г. № 307-ЭС16-5146).

Таким образом, предъявление, рассмотрение и удовлетворение требований о признании обязательственных прав имеют разумные цели и поддерживаются судебной практикой.

*(м) Примеры установительных требований: признание интеллектуальных прав*

Применительно к интеллектуальным правам указание на возможность использования такого способа защиты, как признание права, дублируется в п. 1 ст. 1251 и подп. 1 п. 1 ст. 1252 ГК РФ.

В практике есть дела по требованиям о признании авторских прав, в том числе соединенным с требованиями о присуждении к выплатам (Определение СКГД ВС РФ от 12 мая 2015 г. № 36-КГ15-2 (включено в п. 14 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.)).

В порядке искового производства по иску лица, считающего себя надлежащим патентообладателем и оспаривающего выданный патент

на основании подп. 5 п. 1 ст. 1398 ГК РФ, к лицу, указанному в патенте в качестве патентообладателя, рассматриваются споры об установлении патентообладателя (о признании права патентообладателя), т.е. споры о том, кому принадлежит исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец (подп. 2 п. 1 ст. 1406 ГК РФ).

Согласно ст. 1353 ГК РФ исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец признается и охраняется при условии их государственной регистрации, на основании которой Роспатент выдает патент. При этом именно патент удостоверяет исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец (п. 1 ст. 1354 ГК РФ). Поэтому суды рассматривают споры об установлении патентообладателя только в отношении зарегистрированного изобретения, полезной модели или промышленного образца (после выдачи патента). Решение суда по такому спору является основанием для внесения Роспатентом соответствующих изменений в государственные реестры изобретений, полезных моделей или промышленных образцов и выдачи нового патента (п. 122 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

*(н) Примеры установительных требований: признание корпоративных прав*

Законодательство предусматривает возможность предъявления требования о признании права на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (п. 17 ст. 21 Закона об ООО). Между тем с учетом функциональной направленности данного требования его отнесение к категории установительных исков – вопрос спорный. См. подробнее п. 2.2 настоящего комментария.

Вместе с тем практике известен случай предъявления требования о признании права на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью в ситуации, когда истец (приобретатель доли) сталкивается с уклонением самого общества признавать истца в качестве своего участника. При таких обстоятельствах требование истца свидетельствует о споре между истцом (участником общества) и самим обществом и направлено на защиту прав и интересов истца как участника общества, нарушенных непосредственно самим обществом (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 3942/12). Такое требование является установительным, т.е. истинным требованием о признании.

*(о) Примеры установительных требований: иные права и объекты*

Конструкция такого способа защиты, как требование о признании права, позволяет использовать его для внесения определенности

в вопрос о принадлежности и содержании практически любых частных прав и в отношении любых благ, признаваемых объектами гражданского оборота (ст. 128 ГК РФ). Институциональное направление в экономической науке и экономический анализ права исходят из желательности закрепления за лицами, использующими известные блага и несущими издержки на их приобретение и использование, прав, максимально подобных праву собственности (насколько это возможно исходя из существа блага), на любые активы, которые можно отнести к ограниченным ресурсам, в целях создания стимулов и условий для их наиболее рациональной эксплуатации.

Поэтому теоретически мыслимы и встречаются в практике споры о признании прав на участки недр, рыболовные участки, радиочастоты, криптовалюту. По мере развития науки и технологий и расширения числа благ, вовлекаемых в гражданский оборот, а также по мере расширения перечня видов гражданских прав будут появляться споры как о признании прав на новые объекты, так и о признании новых прав.

Исходя из дефиниции цифровых прав (п. 1 ст. 141.1 ГК РФ), в рамках соответствующих закону информационных систем могут предусматриваться не только обязательственные, но и «иные» права, содержание которых может определяться правилами информационной системы. В большинстве случаев эти права будут сводиться к ныне известным правомочиям (см., например, описание содержания утилитарных цифровых прав (ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»)), но нельзя исключать и появления принципиально новых возможностей.

По мере появления таких активов и их фактического вовлечения в сделки между частными лицами правопорядок будет должен решить задачу не только справедливого регулирования отношений по поводу подобных благ, но и создания эффективных механизмов приведения в исполнение судебных решений, которые будут выноситься по спорам об этих активах.

#### *(n) Проблема применения исковой давности*

Как уже упоминалось, установительное притязание направлено на подтверждение объективно существующего положения в неизменном виде и при этом не является реакцией на нарушение права. Поэтому удовлетворение такого требования не влечет принудительного изменения наличной правовой и имущественной сферы ответчика (который ничего не должен будет отдать истцу согласно решению

о признании права). Эти характеристики требования о признании права обуславливают невозможность блокирования установительного притязания ссылкой на истечение исковой давности.

Ввиду указанных свойств установительного требования его нередко предъявляют вместо требования о присуждении с целью обхода правил об исковой давности. Поэтому так важно верно отграничивать собственно установительные иски о признании права как от требований о присуждении, так и от требований о преобразовании, которые нередко могут скрываться под личиной иска о признании.

В доктрине традиционно дискутируется вопрос о подверженности установительных притязаний действию исковой давности.

С одной стороны, для требований о признании закон не содержит явно сформулированного исключения из общих правил о возможности возражать против их удовлетворения ссылкой на истечение исковой давности (п. 2 ст. 199 ГК РФ).

С другой стороны, в пользу необходимости такого исключения высказывается ряд заслуживающих внимания доводов.

Основной довод состоит в том, что исковая давность исчисляется лишь применительно к охранительным требованиям (исполнительным и преобразовательным притязаниям), возникающим ввиду нарушения права (ст. 195 ГК РФ), тогда как возможность заявить требование о признании не обуславливается нарушением, а напротив, призвано его предотвратить. По сути, установительное требование о признании права не является способом защиты права, а представляет собой юрисдикционный способ реализации охраняемого законом интереса в установлении правовой определенности.

Еще один аргумент состоит как раз в отличии установительного притязания от исполнительного и преобразовательного, которое заключается в отсутствии у требования о признании цели изменить имущественное положение сторон. Наоборот, оно направлено на цементирование объективно сложившегося правового состояния.

Кроме того, отказ в иске о признании права по мотивам истечения давности оставил бы открытым вопрос о существовании и принадлежности права, т.е. сохранил бы неопределенность, ради преодоления которой истец обращался в суд, что противоречит задачам правосудия. Отказ в иске (с отражением в резолютивной части решения) по мотивам истечения давности возможен только при условии установления (признания) существования и принадлежности права, а также его нарушения, осведомленности о нем истца и истечения определенного периода времени после того, как истцу стало известно о нарушении права (с отражением в мотивировочной части решения); такое реше-

ние было бы внутренне противоречивым, т.е. не соответствующим требованиям к содержанию судебных актов.

В общем виде этот вопрос в судебной практике не решен. Вместе с тем применительно к отдельным видам установительных требований отмечается, что, если истец владеет спорным объектом, т.е. осуществляет правомочия собственника данного объекта, при этом его обращение в суд с иском о признании права на спорный объект имеет целью восстановление права, нарушение которого (точнее, оспаривание или даже отрицание, но не фактическое нарушение) не связано с лишением владения (что роднит такой иск с негаторным), то к исковым требованиям, по сути направленным на оспаривание зарегистрированного за другим лицом права, исковая давность не подлежит применению (постановления Президиума ВАС РФ от 2 августа 2005 г. № 1206/05, от 2 июня 2009 г. № 2147/09, от 1 декабря 2009 г. № 8858/09, от 13 апреля 2010 г. № 15870/09, от 21 сентября 2010 г. № 6436/09; определения СКГД ВС РФ от 19 января 2016 г. № 5-КГ15-180, от 23 мая 2017 г. № 5-КГ17-77, от 31 октября 2017 г. № 35-КГ17-11).

Вместе с тем при предъявлении требования о признании в защиту нарушенного права (нередко — одновременно с требованием о присуждении) должна применяться исковая давность. Этот тезис может быть проиллюстрирован на примере признания права общей собственности на общее имущество здания. В судебном порядке рассматриваются споры о признании права общей долевой собственности на общее имущество здания, в том числе в случаях, когда в ЕГРН внесена запись о праве индивидуальной собственности на указанное имущество. Если общим имуществом владеют собственники помещений в здании (например, владение общими лестницами, коридорами, холлами, доступ к использованию которых имеют собственники помещений в здании), однако право индивидуальной собственности на общее имущество зарегистрировано в реестре за одним лицом, собственники помещений в данном здании вправе требовать признания за собой права общей долевой собственности на общее имущество. Суд рассматривает это требование как аналогичное требованию собственника об устранении всяких нарушений его права, не соединенных с лишением владения (ст. 304 ГК РФ), на которые не распространяется исковая давность (абзац пятый ст. 208 ГК РФ). Между тем, если лицо, на имя которого в реестр внесена запись о праве индивидуальной собственности на помещение, относящееся к общему имуществу, владеет таким помещением, лишая других собственников доступа в это помещение, собственники иных помещений в данном здании вправе обратиться в суд с иском об истребовании имущества из чужого незаконного вла-

дения (ст. 301 ГК РФ), соединив его с требованием о признании права общей долевой собственности. На такие требования распространяется общий срок исковой давности. Таким образом, выбор способа защиты прав собственника помещения в здании на общее имущество здания зависит от того, лишено ли соответствующее лицо владения этим общим имуществом или нарушение его права состоит только в наличии записи о праве индивидуальной собственности на общее имущество за другим лицом (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64; эта правовая позиция воспроизведена также в определениях СКГД ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 5-КГ17-155, от 19 марта 2019 г. № 5-КГ19-15).

Согласно абзацам первому и второму п. 57 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 течение срока исковой давности по искам, направленным на оспаривание зарегистрированного права, начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о соответствующей записи в ЕГРП. При этом сама по себе запись в ЕГРП о праве или обременении недвижимого имущества не означает, что со дня ее внесения в ЕГРП лицо знало или должно было знать о нарушении права. Поскольку законом не установлено иное, к искам, направленным на оспаривание зарегистрированного права, применяется общий срок исковой давности, предусмотренный ст. 196 ГК РФ. Это правоположение должно применяться к ситуациям, когда требование о признании права как способ оспаривания зарегистрированного права соединяется с виндикационным требованием (как это, например, описано в п. 9 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64), т.е. когда истец лишен владения спорным объектом. В этом случае (с учетом необязательности соединения требований о признании права и об истребовании объекта), поскольку для оспаривания зарегистрированного права ответчика достаточно заявления виндикационного притязания, срок исковой давности представляется логичным исчислять по правилам для виндикации, т.е. со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права. Правил определения этой даты в практике высших судебных инстанций нет, напротив, подчеркивается, что момент начала течения срока исковой давности по виндикационным требованиям может определяться исходя из обстоятельств конкретного дела (Обзор судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от добросовестных приобретателей, по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденный Президиумом ВС РФ 1 октября

2014 г.; Обзор судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от граждан по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденный Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г.).

Если нет лишения владения, исковая давность по искам о признании права собственности на недвижимость, находящуюся во владении истца, но незаконно учтенную в реестре за ответчиком, не применяется (абзац третий п. 57 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

*(р) Особый режим установительных притязаний при банкротстве ответчика*

Исходя из вышеприведенных свойств установительных исков, требование о признании права собственности отнесено к числу притязаний, которые в качестве исключения могут быть предъявлены должнику — юридическому лицу, признанному банкротом, вне конкурсного производства, а также должнику-гражданину, в отношении долгов которого введена реструктуризация, вне процедур, установленных законодательством о банкротстве, т.е. в обычном порядке искового производства (абзац седьмой п. 1 ст. 126, подп. 4 п. 1 ст. 189.76, абзац третий п. 2 ст. 213.11 Закона о банкротстве).

Решение о признании права собственности, т.е. об удовлетворении установительного притязания (если оно требует принудительного исполнения (см. подп. «г» п. 2.1 данного комментария)), выносится также несмотря на признание должника банкротом в изъятие из общих норм об окончании исполнительного производства (ч. 1 и 4 ст. 69.1, ч. 4 ст. 96 Закона об исполнительном производстве).

Исключение из правила о возможности рассмотрения установительных требований к банкроту в порядке искового производства составляют требования (в том числе о признании права) к банкроту-застройщику в отношении недвижимого имущества. Подробнее порядок рассмотрения таких притязаний освещается в подп. «в» п. 2.4 комментария к данной статье.

*(с) Ограничение притязаний о признании права от требований об установлении юридических фактов*

Требования о признании права следует отличать от требований об установлении фактов, имеющих юридическое значение. Установительные притязания, как правило, предполагают наличие спора о праве и подлежат рассмотрению в порядке искового производства, тогда как требования об установлении юридических фактов подлежат рассмотрению в отсутствие спора о праве в порядке особого производства (гл. 28 ГПК РФ, гл. 27 АПК РФ).

В отсутствие спора о праве требование о признании права не подлежит рассмотрению в порядке искового производства. Например, в практике имел место процесс, возбужденный по иску о признании права собственности на недвижимое имущество, не содержащему указания на ответчика, с которым возник спор. Истец при предъявлении такого иска сослался на отсутствие у него спора с областным комитетом по управлению государственным имуществом и просил привлечь его к участию в деле в качестве третьего лица. Названный комитет, привлеченный судом по ходатайству истца к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, поддержал иск. Требования об установлении определенного юридического факта в порядке уточнения предмета иска истец не заявлял, и такое требование судом не рассматривалось. Ввиду отсутствия ответчика и спора с ним дело по данному иску расценено как не относящееся к спорам, подведомственным арбитражному суду, и не подлежащее разрешению судом по существу. Поскольку суд рассмотрел не подведомственное ему дело, принятые по нему судебные акты отменены, а производство по делу прекращено (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 октября 1998 г. № 7091/97).

Симметрично заявление об установлении наличия или отсутствия права (права собственности, права из обязательства и др.) не подлежит рассмотрению в порядке особого производства, а факт принадлежности имущества заявителю на праве собственности не может устанавливаться в порядке особого производства, поскольку в порядке особого производства не может быть установлено наличие права у конкретного лица (например, принадлежность строения на праве собственности); такие требования могут быть заявлены только путем предъявления иска и должны рассматриваться в порядке искового производства. Поэтому заявления об установлении юридического факта подлежат оставлению без рассмотрения (п. 5, 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 февраля 2004 г. № 76; Постановление Президиума ВАС РФ от 3 сентября 2002 г. № 4544/02; ответ на вопрос № 7 Обзора судебной практики ВС РФ за III квартал 2008 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 5 декабря 2008 г.; Определение СКГД ВС РФ от 13 августа 2013 г. № 18-КГ13-68 (включено в Обзор судебной практики ВС РФ за III квартал 2013 г., утвержденный Президиумом ВС РФ 5 февраля 2014 г.)).

Разница между иском о признании права и требованием об установлении юридических фактов также хорошо видна на примере приобретения права собственности по давности владения, когда в зависимости от характера спора противопоставляются требова-



ние о признании права собственности в силу приобретательной давности (отнесение которого к установительным или преобразовательным представляется дискуссионным), рассматриваемое в порядке искового производства, и заявление об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности, рассматриваемое в порядке особого производства (см. подробнее подп. «д» п. 2.3 настоящего комментария).

*(т) Решение по иску о признании права: его значение, содержание и последствия*

Решение по установительному иску (в отличие от решений по исполнительным и преобразовательным искам) ни к чему новому в отношениях сторон не приводит, а лишь подтверждает объективно существующее состояние и положение дел и тем самым вносит необходимую твердость в существование правоотношений и их понимание сторонами.

Ценность решения по требованию о признании права для истца заключается в законной силе этого решения, которое во всех возможных последующих спорах между теми же лицами должно восприниматься как окончательное суждение о наличии, содержании и субъектном составе правоотношения, принадлежности прав, исключающее возможность их отрицания или переоценки. Благодаря этому свойству решение по требованию о признании права способно предотвратить дальнейшие споры и нарушение права, а также содействовать беспрепятственному осуществлению признанных судом прав.

Вместе с тем в практике отмечается, что решение о признании права собственности на имущество в любом случае (независимо от субъектного состава спора о праве) не может рассматриваться в качестве обстоятельства, препятствующего оспариванию сделки, на основании которой имущество было приобретено нынешним собственником (Определение СКЭС ВС РФ от 9 марта 2016 г. № 308-ЭС15-16377). Этот тезис представляется сомнительным для случаев, когда субъектные составы спора о праве и спора о действительности сделки полностью совпадают. Если в порядке защиты против требования о признании права ответчик не предъявил встречный иск о признании недействительной сделки, на которой основывается спорное право, и оно признано вступившим в законную силу судебным решением, последующее оспаривание сделки представляется недопустимой попыткой нивелировать последствия реализации риска несовершения процессуальных действий (ч. 2 ст. 9 АПК РФ) путем преодоления законной силы судебного решения в ненадлежащей процессуальной форме.

Решение является актом правосудия, окончательно разрешающим дело, его резолютивная часть должна содержать исчерпывающие выводы, вытекающие из установленных в мотивировочной части фактических обстоятельств. Поэтому в ней должно быть четко сформулировано, за какой из сторон признано оспариваемое право, а при удовлетворении иска суд обязан в необходимых случаях указать в резолютивной части решения на те правовые последствия, которые влечет за собой такое признание (п. 11 и 12 постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23).

По делам о признании (в случае удовлетворения судом заявления о признании права заявителя) в дополнение к экземпляру судебного акта, который подшивается в материалы дела, изготавливается дополнительный экземпляр принятого судом судебного акта, который предназначен для передачи заявителю по делу (п. 10.4 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах Российской Федерации (первой, апелляционной и кассационной инстанций), утвержденной Постановлением Пленума ВАС РФ от 25 декабря 2013 г. № 100).

Судебное решение, установившее право на недвижимое имущество, является юридическим основанием, при наличии которого органы государственной регистрации прав на недвижимое имущество обязаны осуществить государственную регистрацию права на недвижимое имущество в порядке, установленном Законом о государственной регистрации недвижимости (п. 2 ст. 59 ЗК РФ; п. 21 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Поэтому копии вступивших в законную силу судебных актов в отношении прав на недвижимое имущество (в том числе о признании права собственности, права на долю) подлежат в трехдневный срок обязательному направлению арбитражными судами, вынесшими судебный акт, в государственный орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество (п. 10.9 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах Российской Федерации (первой, апелляционной и кассационной инстанций)).

Вступивший в законную силу судебный акт, которым признано право на конкретное недвижимое имущество, является достаточным основанием для государственной регистрации права на имущество и тогда, когда регистрируемое право возникло до вступления в силу Закона о государственной регистрации недвижимости и позднее подтверждено судом в соответствующем судебном акте. В этом случае представление заявителем каких-либо иных правоустанавливающих документов на недвижимое имущество не требуется (абзац второй п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 132).

Отказ регистратора в регистрации права, установленного вступившим в законную силу судебным актом, мотивированный предполагаемыми процессуальными нарушениями, допущенными судом, вынесшим судебный акт, является незаконным (абзац второй п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 132).

В силу того, что решение по иску о признании права, подлежащего правоустанавливающей регистрации, является основанием для внесения соответствующих записей в реестр, а сам иск о признании зачастую имеет целью именно исправление записей (корректировку) реестра, такое притязание рассматривается в качестве способа «отобрания» права у ответчика, а потому может расцениваться в литературе не в качестве установительного, а в качестве исполнительного требования, удовлетворение которого влечет присуждение спорного объекта (точнее, титула на него) истцу. Казалось бы, если соответствующее право действительно принадлежало истцу к моменту подачи иска, хотя и было незаконно зарегистрировано за другим лицом, то решение не «отбирает» право, а просто приводит состояние реестра в соответствие с правовой действительностью. Решение не меняет что-либо в распределении прав и не присуждает ответчика к какому-то предоставлению, и поэтому не является ни преобразовательным иском, ни иском о присуждении.

Между тем следует по-разному квалифицировать иски о корректировке реестра прав на телесные вещи и о корректировке реестра прав на бестелесные объекты. Именно для спора о праве на телесную вещь характерна возможность расхождения между фактическим господством и записью в реестре, что предопределяет описанные выше условия предъявления и удовлетворения иска о признании права на вещь с единственной целью исправления записей реестра, а не с целью защиты нарушенного права истца и фактического отображения актива у ответчика. Поэтому сам иск и решение о его удовлетворении следует признавать установительными и не допускать возражения об истечении исковой давности.

В случае спора о праве на бестелесный объект ситуация принципиально иная: несмотря на то что субъективное право как идеальный феномен объективно принадлежит надлежащему субъекту (истинному правообладателю) и не нуждается в отображении вне зависимости от ошибочных записей реестра, в отношении такого актива фактическое господство мыслится с трудом, и реализация прав на подобный объект возможна только тем, кто, согласно записям реестра, считается субъектом спорного права. Поэтому иск о признании такого права

(на долю в уставном капитале, на акции) всегда будет по существу направлен на отобрание у ответчика того фактически используемого им блага, интерес в котором обеспечивается предоставлением спорного субъективного права (корпоративный контроль). Следовательно, такой иск следует считать иском о присуждении; не случайно в новейшем законодательстве этот способ защиты права именуется требованием *о возвращении доли* участия (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ), хотя его отдельная разновидность до сих пор некорректно именуется прижившимся в практике термином «требование *о признании права* на долю», несмотря на то что оно, как и всякое исполнительное притязание, прямо ограничивается трехлетним сроком исковой давности (п. 17 ст. 21 Закона об ООО). Об исполнительных притязаниях, которые предъявляются под наименованием исков о признании, см. также п. 2.2 комментария к настоящей статье.

Так как удовлетворение иска о признании (установительного иска), в отличие от исков о присуждении (называемых также исполнительными исками), не предполагает какого-либо взыскания с ответчика, и нет необходимости в принудительном исполнении решения, отсутствует потребность в возбуждении исполнительного производства и, следовательно, отсутствует целесообразность в выдаче исполнительного листа. Иначе говоря, отсутствует необходимость выдачи исполнительного листа по такому судебному постановлению, оно является обязательным для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц (абзац второй п. 2.2 мотивировочной части Определения КС РФ от 19 июля 2016 г. № 1571-О).

Исполнительные листы выдаются на основании судебных актов, возлагающих обязанность по передаче другим лицам денежных средств и иного имущества либо обязанность по совершению в их пользу определенных действий или воздержанию от совершения определенных действий. Исполнительные листы на основании судебных актов, не содержащих вышеуказанных предписаний (например, в случаях признания судом права на имущество), судом не выдаются (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

Согласно п. 5 ч. 2 ст. 14 Закона о государственной регистрации недвижимости основанием для государственной регистрации прав являются вступившие в законную силу судебные акты. В то же время в ряде случаев и на основании решения по требованию о признании права может выдаваться исполнительный лист и возбуждаться исполнительное производство, как это следует из Закона об исполнительном производстве (ч. 1 и 4 ст. 69.1, ч. 4 ст. 96). Речь идет о ситуациях, когда

право собственности на недвижимое имущество или право на ценные бумаги признается третейским судом. Такие институты не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную систему, состоящую из государственных судов (абзац седьмой п. 2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П).

Третейское решение не может являться основанием для внесения записи в государственный реестр (в том числе ЕГРН), реестр владельцев именных ценных бумаг или иной реестр, внесение записей в который влечет за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, при отсутствии исполнительного листа, выданного на основании судебного акта компетентного суда (ст. 43 Закона об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации).

Необходимость государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним определяет специфику удостоверения прав на него, установленных третейским судом. Она заключается в обязанности прохождения правообладателем, права на недвижимое имущество которого установлены решением третейского суда, процедуры получения исполнительного листа на его принудительное исполнение. Отсутствие выданного государственным судом исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда о признании права собственности на недвижимость является основанием для отказа в государственной регистрации такого права (постановления Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2007 г. № 15324/06, от 12 мая 2009 г. № 17373/08, от 13 сентября 2011 г. № 3004/11).

Порядок выдачи исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов регулируется гл. 47 ГПК РФ и § 2 гл. 30 АПК РФ.

### ***2.2. Исполнительные притязания под видом иска о признании***

Нередко как требования о признании в практике формулируются притязания, которые на самом деле являются исками о присуждении. Они имеют целью обязать ответчика совершить определенные действия или иным образом добиться какого-то имущественного предоставления, связанного с перемещением предмета спора из имущественной сферы ответчика в имущественную сферу истца, в том числе с возможностью принудительного исполнения и поэтому являются не установительными, а исполнительными притязаниями.

Наибольшее распространение подобные требования получили в спорах из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости. Подходы к квалификации требований из таких дого-

воров, заявляемых как требования о признании права собственности на объект недвижимости, а также различия в практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции подробно освещаются в п. 2.4 комментария к данной статье.

Далее рассматриваются основные представленные в практике категории споров по исполнительным притязаниям, которые часто формулируются как требования о признании права.

В законе отдельно упоминается такой способ защиты права, как иск о признании права на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (п. 17 ст. 21 Закона об ООО). Сейчас этот способ защиты права следует считать частным случаем способа, предусмотренного общими положениями о коммерческих корпорациях: участник коммерческой корпорации, утративший помимо своей воли в результате неправомерных действий других участников или третьих лиц права участия в ней, вправе требовать возвращения ему доли участия, перешедшей к иным лицам (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ). Доктрине и практике еще предстоит определиться с соотношением этих способов, поскольку приведенные нормы предполагают различия в регулировании.

Требование о признании права на долю в уставном капитале направлено на защиту правообладателя против лиц, претендующих на объект спора (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 мая 2005 г. № 16545/04), а также на восстановление положения, существовавшего до нарушения права (см. абзац третий ст. 12 ГК РФ и комментарий к нему). В области корпоративных отношений реализация данного способа защиты выражается в присуждении истцу соответствующей доли участия в уставном капитале хозяйственного товарищества или общества исходя из того, что он имеет право на такое участие в хозяйственном товариществе или обществе, которое он имел бы, если бы ответчик соблюдал требования законодательства, действуя добросовестно и разумно (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2008 г. № 5539/08).

В свете существа способа защиты, раскрытого в правовых позициях высшей судебной инстанции, и в рамках последующего развития корпоративного законодательства рассматриваемое притязание следует квалифицировать в качестве требования о присуждении (исполнительного, а не установительного). По сути, речь идет о функциональном аналоге виндикационного притязания, но только в отношении такого бестелесного объекта, как права участия в корпорации.

В силу прямого указания закона требование о признании за лицом, утратившим долю или часть доли, права на данную долю или часть

доли и одновременно о лишении права на данную долю или часть доли добросовестного приобретателя, как и всякое требование о присуждении, подвержено действию исковой давности и может быть заявлено в течение трех лет со дня, когда лицо, утратившее долю или часть доли, узнало или должно было узнать о нарушении своих прав (абзац третий п. 17 ст. 21 Закона об ООО). Указанный трехлетний срок соответствует общему сроку исковой давности (ст. 196 ГК РФ) и по своей природе не является пресекательным (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 июня 2011 г. № 972/11).

В качестве требования о присуждении следует квалифицировать притязание, направленное на возврат доли в уставном капитале хозяйственного общества и права на нее при продаже в кредит с условием о рассрочке оплаты и нарушении покупателем обязанности по внесению цены продавцу на основании п. 2 ст. 489 ГК РФ. В практике ранее высказывалась позиция, согласно которой в данной ситуации не требуется применения такого способа защиты, как признание права собственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 октября 2011 г. № 5950/11). Вместе с тем позднее судебные акты, которыми удовлетворено при схожих обстоятельствах требование продавца о признании права на долю в уставном капитале в связи с расторжением договора по мотивам нарушения покупателем обязательства по ее оплате, оставлены без изменения (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 1999/14). По сути, такой иск представляет собой требование о возврате имущества в связи с расторжением договора, к которому применяются согласно абзацу второму п. 4 ст. 453 ГК РФ правила о неосновательном обогащении, если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства.

### ***2.3. Преобразовательные притязания***

В целом ряде случаев в обороте складывается ситуация, когда большинство наиболее значимых юридических фактов, образующих состав, который необходим для возникновения права, наступило, но по причинам, не зависящим от управомоченного лица, наступление одного или нескольких юридических фактов, ведущих к возникновению права, оказывается невозможным.

В таких ситуациях объективно возникает необходимость в разрешении спора и восполнении недостающих юридических фактов судебным решением.

В подобных случаях истец обращается в суд с требованием, которое именуется иском о признании права, однако его следует квалифицировать не как установительное, а как преобразовательное (конститутивное) притязание. Это требование направлено не на констатацию

существующего положения вещей (оно как раз представляет собой патовую ситуацию), а на его изменение (преобразование) — на создание нового права, которого до обращения в суд не существовало несмотря на все имеющиеся к тому предпосылки. При удовлетворении такого требования судебное решение становится основанием возникновения права (подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

В отличие от исков о присуждении (исполнительных исков), имеющих целью понудить ответчика, уклоняющегося от исполнения уже возникшей обязанности и тем самым нарушающего уже возникшее право истца, к имущественному предоставлению либо совершению действия (или к воздержанию от действия) в пользу истца, получающего благодаря судебному решению возможность прибегнуть к механизму принудительного исполнения, преобразовательные требования предъявляются для того, чтобы изменить сложившуюся до обращения истца в суд систему прав и обязанностей — путем создания новых прав и обязанностей (подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ), их изменения или прекращения (абзац двенадцатый ст. 12 ГК РФ).

*(а) Признание права собственности на вновь возведенный объект недвижимости, приобретаемого первоначальным способом*

К такому требованию, например, оказывается необходимым прибегнуть, когда собственник земельного участка (в большом количестве случаев — публично-правовое образование) предоставляет участок в аренду для застройки, арендатору выдается разрешение на строительство, оно успешно завершается возведением объекта и вводом его в эксплуатацию, а впоследствии собственник участка чинит застройщику препятствия к оформлению тех или иных документов, которые необходимы для регистрации права на вновь построенный объект. В такой ситуации застройщику приходится обращаться в суд с иском к собственнику участка о признании права собственности, а высшие судебные инстанции констатируют, что отсутствие регистрации права собственности на спорный объект не может служить основанием к отказу в иске, поскольку только на основании судебного акта, разрешающего спор о правах на указанный объект, может быть осуществлена государственная регистрация права. Коль скоро спорное здание построено за счет средств истца на арендованном им земельном участке с согласия ответчика — собственника этого участка при наличии необходимых разрешений, полученных от компетентных органов и с соблюдением требований градостроительных и строительных норм и правил, принято в эксплуатацию, не нарушает прав и охраняемых законом интересов других лиц и не создает угрозу жизни и здоровью граждан, это здание не является самовольной постройкой, и в порядке



разрешения спора о правах на него следует признать право собственности на данный объект за создавшим его лицом (постановления Президиума ВАС РФ от 22 января 2008 г. № 9713/06, от 9 июля 2013 г. № 3210/13).

Похожая ситуация возникает, когда право на вновь возведенное здание регистрируется не за лицом, которое его построило за счет собственных средств, а за лицом, которое не имеет права на приобретение права собственности на новый объект. В таком случае для защиты нарушенного права необходимо обратиться с требованием к лицу, за которым неправомерно зарегистрирован объект, о признании права на него за надлежащим субъектом. Такой способ защиты права при подобных обстоятельствах считается уместным (Постановление Президиума ВАС РФ от 27 октября 2009 г. № 7694/09, Определение СКГД ВС РФ от 17 апреля 2018 г. № 66-КГ18-4).

В обоих указанных случаях удовлетворение такого требования влечет изменение в правах по меньшей мере одного из участников спора, а потому само притязание следует считать преобразовательным.

От ситуаций, описанных в подп. «а» п. 2.4 настоящего комментария, данные ситуации отличаются следующим. В указанных в подп. «а» п. 2.4 случаях управомоченные лица приобретают право *производным* способом (по договору купли-продажи будущей недвижимой вещи), когда им противостоят лица, обязанные передать объект и обратиться за государственной регистрацией права собственности приобретателя, но уклоняются от исполнения этих обязанностей, что и вынуждает управомоченных лиц обращаться в суды с требованиями о присуждении. В данном пункте освещаются ситуации, когда управомоченные лица приобретают право первоначальным способом: они за свой счет возводят новый объект и должны стать их собственниками, но при условии регистрации, из-за сложностей с которой ввиду неконструктивного поведения собственника земельного участка возникает необходимость обращения в суд с преобразовательным требованием. Собственник участка не обязан к какому-либо *предоставлению* в пользу лица, осуществившего строительство; собственник, как правило, должен подписать акт (эту обязанность нельзя признать содержанием полноценного обязательства, исполнения которого можно требовать иском о присуждении, хотя и такие дела есть в практике, в том числе высших инстанций) о выполнении инвестиционного проекта, который нужен для регистрации права собственности лица, осуществившего строительство. Сам акт интереса для управомоченного лица не представляет — он лишь служит средством реализации интереса в регистрации права собственности

на вновь построенный объект. Участия собственника в регистрации (как при отчуждении) не требуется.

*(б) Изменение прав участников общей собственности*

Суды общей юрисдикции регулярно рассматривают иски о признании прав на имущество, нажитое бывшими супругами в период брака (как правило, одновременно с требованием о разделе совместно нажитого имущества при расторжении брака) (см., например, определения СКГД ВС РФ от 27 января 2015 г. № 78-КГ14-43, от 13 февраля 2018 г. № 5-КГ17-215, от 20 февраля 2018 г. № 11-КГ17-34).

Такие требования являются преобразовательными, поскольку направлены на изменение правового режима совместно нажитого имущества с общей совместной собственности на общую долевую собственность бывших супругов или индивидуальную собственность одного из бывших супругов.

В судебной практике также представлены споры по требованиям одного участника общей собственности к другому об изменении долей в праве, мотивированным осуществлением истцом неотделимых улучшений имущества (п. 3 ст. 245 ГК РФ).

Эти требования являются преобразовательными притязаниями, поскольку направлены на изменение прав, однако могут формулироваться и удовлетворяться как требования о признании права на увеличенную (в дробном выражении) долю в праве на общее имущество (Определение СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 308-ЭС16-10315; п. 24 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2017), утвержденного Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г.).

*(в) Признание права на самовольную постройку*

В свете разницы между упомянутыми выше двумя формами защиты (требованием о признании права, рассматриваемым в порядке искового производства, и заявлением об установлении юридических фактов, рассматриваемым в порядке особого производства (см. подп. «с» п. 2.1 комментария к настоящей статье)) и с учетом сомнений в наличии спора о праве при признании права собственности на самовольную постройку (п. 3 ст. 222 ГК РФ) в доктрине велась дискуссия о надлежащей процессуальной форме рассмотрения таких требований. Позже в судебной практике устоялась позиция, согласно которой они рассматриваются в порядке искового производства.

Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, однако на ее создание были получены необходимые разрешения, с иском о признании права собственности на самовольную постройку вправе обратиться правообладатель земельного участка (лицо, в собственности, пожизненном

наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка); ответчиком по такому иску является застройщик, который имеет право требовать от правообладателя возмещения расходов на постройку, в том числе путем предъявления встречного иска (абзац второй п. 25 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 декабря 2010 г. № 143).

Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, принадлежащем застройщику, однако на ее создание не были получены необходимые разрешения, ответчиком по иску застройщика о признании права собственности на самовольную постройку является орган местного самоуправления (в городах федерального значения — уполномоченный государственный орган городов федерального значения), на территории которого находится самовольная постройка (абзац третий п. 25 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Рассматривая иски о признании права собственности на самовольную постройку, суд устанавливает, допущены ли при ее возведении существенные нарушения градостроительных и строительных норм и правил, нарушает ли сохранение самовольной постройки права и охраняемые законом интересы других лиц, создает ли такая постройка угрозу жизни и здоровью граждан, предпринимало ли лицо, создавшее самовольную постройку, надлежащие меры к ее легализации, в частности к получению разрешения на строительство и (или) акта ввода объекта в эксплуатацию, а также правомерно ли отказал уполномоченный орган в выдаче такого разрешения или акта ввода объекта в эксплуатацию. Если иное не установлено законом, иск о признании права собственности на самовольную постройку подлежит удовлетворению, если единственными признаками самовольной постройки являются отсутствие разрешения на строительство и (или) отсутствие акта ввода объекта в эксплуатацию, к получению которых лицо, создавшее самовольную постройку, предпринимало меры (п. 26 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Признание права собственности на самовольную постройку является основанием возникновения права собственности по решению суда (п. 31 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Следовательно, требование о признании права собственности на самовольную постройку является не установительным, а преобразовательным, а решение суда выполняет функцию основания возникновения права (подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

*(г) Приватизация жилья*

Возможность предъявления иска о признании права собственности до государственной регистрации констатируется в практике, если гражданин по не зависящим от него причинам не может реализовать свое право на приватизацию жилого помещения, занимаемого им по договору социального найма: решение вопроса о приватизации должно приниматься в двухмесячный срок со дня подачи документов; в случае нарушения прав гражданина при решении вопросов приватизации жилых помещений он вправе обратиться с иском о признании за ним права собственности в судебном порядке (Определение СКГД ВС РФ от 19 января 2016 г. № 64-КГ15-6). Такое требование также следует считать преобразовательным.

*(д) Признание права собственности в силу приобретательной давности*

Преобразовательными являются также заявляемые в исковом порядке требования о признании права собственности в силу приобретательной давности.

Лицо, считающее, что стало собственником имущества в силу приобретательной давности, вправе обратиться в суд с иском о признании за ним права собственности (ст. 234 ГК РФ). Ответчиком по иску о признании права собственности в силу приобретательной давности является прежний собственник имущества (абзацы первый и второй п. 19 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Отсутствие государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество не является препятствием для обращения в суд с иском о признании права собственности в силу приобретательной давности (п. 20 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 апреля 1997 г. № 13), напротив, судебный акт об удовлетворении иска о признании права собственности в силу приобретательной давности является основанием для регистрации права собственности в ЕГРП (абзац первый п. 21 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Квалификация требования о признании права собственности в силу приобретательной давности видится спорной. С одной стороны, по данному основанию право на недвижимое имущество возникает лишь с момента государственной регистрации (абзац второй п. 1 ст. 234 ГК РФ), и это можно объяснить тем обстоятельством, что до удовлетворения иска собственником является ответчик, следовательно, предъявляя такой иск, истец еще не обладает искомым правом, и его требование является преобразовательным. Косвенным подтверждением этой позиции может служить также отсутствие в За-

коне о государственной регистрации недвижимости общего для всех участников оборота порядка регистрации права в силу приобретательной давности.

С другой стороны, сложно представить ситуацию, когда по истечении приобретательной давности давностный владелец в конфликте с прежним собственником уступил бы ему и был бы лишен защиты лишь на том основании, что его право не зарегистрировано.

Для движимого имущества признание права собственности в силу приобретательной давности в судебном порядке не требуется, но и не исключается.

Подобные иски и условия их предъявления следует отграничивать от ситуаций, когда прежний собственник недвижимого имущества не был и не должен был быть известен давностному владельцу. В этом случае последний вправе обратиться в суд с заявлением об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности. В качестве заинтересованного лица к участию в деле привлекается государственный регистратор (абзац третий п. 19 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Решение суда об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности также является основанием для регистрации права собственности в ЕГРП (ст. 268 ГПК РФ, ч. 3 ст. 222 АПК РФ, абзац второй п. 21 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Специальные правила установлены для признания права собственности публичных образований (городов федерального значения, в иных регионах — муниципальных образований) на бесхозные недвижимые вещи (п. 3 и 4 ст. 225 ГК РФ). Такие требования о признании рассматриваются в порядке особого производства (гл. 33 ГПК РФ), но также являются преобразовательными.

*(е) Резервная функция исков о признании права*

В практике встречаются дела, при разрешении которых суды удовлетворяют требования о признании права, когда очевидно, что при обращении с иском у истца спорного права нет, но удовлетворение требования является единственным способом защиты его законных интересов. Высшие судебные инстанции приходили к выводу о необходимости удовлетворить требование о признании права ввиду исчерпания управомоченным лицом иных способов защиты. В таких ситуациях иск о признании права по существу рассматривался как последняя возможность защитить право истца.

Так, покупатель имущества с торгов неоднократно обращался в суд для защиты своих прав, однако сталкивался с отказом в удовлетворении требований по формальным основаниям. Принимая во внимание отсутствие сомнений в добросовестности приобретения упомянутого имущества на публичных торгах, высшая судебная инстанция сочла возможным рассмотреть по существу заявленное требование о признании права собственности на объекты недвижимости. Иной подход не обеспечил бы должной защиты приобретателя имущества с публичных торгов и при названных обстоятельствах не соответствовал бы целям судопроизводства, предусмотренным ст. 3 АПК РФ. Поскольку заключенные обществом сделки соответствуют закону, представлены доказательства их исполнения, т.е. оплаты приобретенных объектов и фактического владения ими, иск в силу ст. 8, п. 2 ст. 218, ст. 549 ГК РФ удовлетворен (Постановление Президиума ВАС РФ от 1 декабря 2011 г. № 9032/11).

В практике есть весьма неординарный случай признания права собственности, также свидетельствующий о резервном характере данного способа защиты. Хозяйственное общество приобрело право собственности на земельный участок под находящимся в федеральной собственности зданием — памятником истории и культуры, впоследствии предъявляло требования об освобождении земельного участка и сносе памятника как ветхо-аварийного здания, а затем изменило требования и просило признать его право на приобретение здания в собственность, но в иске было отказано. При таких обстоятельствах приобретение хозяйственным обществом земельного участка под чужим зданием и последующие действия названного общества в качестве собственника этого участка в совокупности квалифицированы как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ). На этом основании удовлетворен иск Российской Федерации о признании за ней права собственности на земельный участок под принадлежащим ей зданием памятника истории и культуры, и такое решение объявлено противодействием злоупотреблению правом со стороны хозяйственного общества, что согласуется с разъяснениями, содержащимися в п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 (Постановление Президиума ВАС РФ от 24 мая 2011 г. № 148/11).

#### ***2.4. Выбор надлежащего способа защиты прав на объекты инвестиционной деятельности в сфере строительства***

Особенную остроту и практическое значение проблема выбора надлежащего способа защиты приобрела применительно к защите прав на объекты инвестиционной деятельности в сфере строительства.

Нередко на основании договора, связанного с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, заявляются требования *о признании права собственности* на вновь возведенный объект недвижимости.

По вопросам о квалификации подобных сделок, порядке возникновения вещных прав на такие объекты и о надлежащем способе защиты этих прав сложилась различная практика в арбитражных судах и в судах общей юрисдикции.

*(а) Практика арбитражных судов*

Согласно практике арбитражных судов, такую сделку, если не установлено иное, надлежит оценивать как договор купли-продажи будущей недвижимой вещи, т.е. как договор, заключенный на куплю-продажу товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем (п. 2 ст. 455 ГК РФ, п. 1 и 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54).

Аналогичной квалификации требует также договор участия в долевом строительстве объектов недвижимости (ст. 4 Закона о долевом строительстве) (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 3 марта 2016 г. № 307-КГ15-14692), но в силу специального характера норм о нем в указанном Законе по отношению к правилам ГК РФ разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, по большей части к таким договорам применению не подлежат (п. 11 указанного Постановления).

Лица, финансирующие строительство недвижимости, правом собственности (в том числе долевой) на возводимое за их счет недвижимое имущество не наделяются, изъятия из принципа внесения для подобных ситуаций не делается. За такими лицами признается не вещное право на объект, а обязательственное право требования к застройщику в отношении строительства, передачи объекта и регистрации права собственности на него. Право собственности на объекты недвижимости возникает у лиц, заключивших договор купли-продажи будущей недвижимой вещи (включая случаи, когда на такого рода договоры распространяется законодательство об инвестиционной деятельности), лишь с момента государственной регистрации в ЕГРН этого права за покупателем (п. 2 ст. 223 ГК РФ, п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54).

Из этого следует, что требование о признании права собственности при нарушении подобного договора (по меньшей мере в части регистрации перехода права собственности к приобретателю) не может быть удовлетворено, поскольку в данной ситуации такое требование не является надлежащим способом защиты права. Инвестиционный

контракт порождает лишь обязательственные отношения между его сторонами и дает им право требовать друг от друга исполнения соответствующего обязательства, а также защищать это право в порядке и способами, предусмотренными гражданским законодательством. Если требования истца вытекают из обязательственных отношений по инвестиционному договору, они не могут быть удовлетворены путем подачи вещных исков о признании права собственности (постановления Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 6271/11, от 4 июня 2013 г. № 1276/13).

Этой строгой позиции длительное время придерживалась арбитражная практика. Вместе с тем позднее было признано, что, если избранный истцом способ защиты права не может обеспечить его восстановление, суд должен определить, из какого правоотношения возник спор и какие нормы права подлежат применению при разрешении дела к установленным обстоятельствам. Ссылка истца в исковом заявлении на не подлежащие применению в данном деле нормы права сама по себе не является основанием для отказа в удовлетворении заявленного требования (п. 3 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Поэтому с учетом данных разъяснений при рассмотрении споров, связанных с неисполнением договора купли-продажи будущей недвижимой вещи, если истец заявил требование *о признании права собственности на недвижимое имущество*, его следует квалифицировать как требование *о государственной регистрации перехода права собственности на движимую вещь, являющуюся предметом договора купли-продажи* (п. 3 ст. 551 ГК РФ) (эта позиция была выработана в постановлениях Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. № 4502/10, от 8 февраля 2011 г. от № 13534/10, 13970/10 и впоследствии закреплена в абзаце четвертом п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Данное требование является требованием о присуждении.

По смыслу приведенного разъяснения, при предъявлении лицом, имеющим обязательственное требование о предоставлении имущества в собственность, иска *о признании за ним права собственности* суд не должен отказывать в этом иске только по мотиву выбора таким лицом ненадлежащего способа защиты своего права; в этом случае суду следует квалифицировать данное требование как иск *о государственной регистрации перехода права собственности на движимую вещь* (постановления Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 15961/11, от 10 июня 2014 г. № 18357/13).



Аналогичного подхода следует придерживаться при внесении недвижимого имущества в уставный капитал юридического лица: поскольку внесение учредителем недвижимого имущества в уставный капитал учреждаемого общества предполагает передачу последнему этого имущества и требует регистрации перехода права, то в случае, когда такое имущество фактически передано учредителем, к указанным сделкам могут быть применены по аналогии правила о купле-продаже недвижимости (поскольку по обстоятельствам спора это не противоречит существу правоотношений сторон): если одна из сторон договора купли-продажи недвижимого имущества уклоняется от совершения действий по государственной регистрации перехода права собственности на это имущество, другая сторона вправе обратиться к этой стороне с иском о государственной регистрации перехода права собственности (п. 3 ст. 551 ГК РФ, п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). По общему правилу такой иск подлежит удовлетворению при условии исполнения обязательства продавца по передаче имущества. В этой ситуации истец лишен возможности заявить иск о признании права (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 2665/12).

Иски товарищей, сформулированные как требования о признании права собственности на долю в созданном недвижимом имуществе, возведение которого являлось общей целью, следует квалифицировать как требование исполнения указанного договора применительно к п. 3 ст. 551 ГК РФ; в таких случаях право собственности товарища, предъявившего соответствующее требование, возникает не ранее момента государственной регистрации данного права на основании судебного акта об удовлетворении этого требования (абзацы четвертый и пятый п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54).

Из последней формулировки особенно хорошо видно, что право собственности возникает не на основании судебного решения, удовлетворяющего соответствующее требование, а в силу государственной регистрации, присуждение к которой содержится в этом решении. Поэтому требование о государственной регистрации перехода права собственности (в которое переqualифицируется требование о признании права) является требованием о присуждении (исполнительным), а не преобразовательным (конститутивным).

Коль скоро притязание, сформулированное как требование о признании, переqualифицируется в требование о присуждении, на него распространяются правила об исковой давности. Так, в практике отмечается, что, исходя из цели обращения истца с требованием о признании права собственности и установленных по делу обстоя-

ятельств, к спорным правоотношениям подлежат применению п. 3 ст. 551 ГК РФ и законодательство о регистрации прав, на требование о государственной регистрации перехода права собственности распространяется общий срок исковой давности, установленный ст. 196 ГК РФ (п. 64 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), течение срока исковой давности по требованию о государственной регистрации перехода права собственности начинается со дня, когда возникла обязанность зарегистрировать переход права, а если дата исполнения этой обязанности не установлена, то со дня отказа контрагента по сделке передать документы, необходимые для регистрации, или создания иных препятствий для регистрации (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 18357/13).

*(б) Практика судов общей юрисдикции*

Суды общей юрисдикции при разрешении дел по требованиям о признании права на объекты долевого строительства, которые (как обосновано выше), по существу являются требованиями о передаче объекта и государственной регистрации права собственности (т.е. требованиями о присуждении), пошли по пути удовлетворения таких притязаний именно как требований о признании права (эта практика складывалась длительное время и была закреплена в п. 1, 13–18 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.).

Общая логика всех сюжетов, изложенных в указанном Обзоре, рассчитана на любые договоры, по которым гражданин уплачивает застройщику денежные средства, а застройщик обязуется построить здание, передать гражданину помещение в нем и создать условия для регистрации за гражданином права собственности на помещение. При исполнении гражданином своих денежных обязательств перед застройщиком по такому договору гражданин может требовать признания права собственности на помещение (если здание построено или даже не окончено строительством, но исходя из степени завершенности строительства помещение передано гражданину) либо доли в праве общей собственности на объект незавершенного строительства, соответствующей согласованному в договоре помещению (если здание не построено).

Разъяснение о возможности признания права собственности на помещение, когда здание не окончено строительством, но исходя из степени завершенности строительства помещение передано гражданину, представляется весьма сомнительным. Дело в том, что оно предполагает признание права на актив, который еще не существует как объект гражданских прав ввиду отсутствия строения, в котором

можно было бы выделить помещения. По этой причине данная позиция даже в практике воспринимается скептически. В подобных ситуациях помещение, которое должен получить гражданин, входит в состав единого объекта, и его выделение в натуре как самостоятельного (обособленного) помещения, предназначенного и пригодного для проживания людей, до принятия дома в эксплуатацию невозможно (см. также п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 2000 г. № 56). Постановка на кадастровый учет помещения до завершения строительства и ввода в эксплуатацию здания (сооружения), в котором оно расположено, законодательством не предусмотрена, отказ кадастровых органов в проведении кадастрового учета подобных помещений признается обоснованным (Определение СКЭС ВС РФ от 2 декабря 2014 г. № 306-ЭС14-2019). Поэтому гражданин, полностью оплативший строительство помещения, даже если считать признание права надлежащим способом защиты, может претендовать, скорее, на долю в общей собственности на спорный объект незавершенного строительства (ср. п. 18 указанного Обзора).

Ввиду изложенного отметим: в практике судов общей юрисдикции речь идет, как правило, о признании права на «долю в объекте незавершенного строительства в виде помещения (квартиры)». Этого подхода при разрешении отдельных дел придерживается и СКГД ВС РФ, указывая, что участник долевого строительства, надлежащим образом исполнивший свои обязательства по договору путем внесения платы за квартиру в полном объеме, при неисполнении обязательства другой стороной вправе требовать защиты своих прав, в том числе и путем предъявления требования о признании права на долю в общей долевой собственности в не завершенном строительстве объекте в виде квартиры и определении размера доли в общей долевой собственности на объект незавершенного строительства (Определение СКГД ВС РФ от 24 января 2017 г. № 89-КГ16-10).

Между тем и эта смягченная практикой позиция судов общей юрисдикции, венчаемых СКГД ВС РФ, подверглась по существу критике в акте СКЭС ВС РФ, которая указала, что норма абзаца первого п. 1 ст. 218 ГК РФ (на которую принято ссылаться в обоснование возникновения у участников долевого строительства права долевой собственности на объект незавершенного строительства) не регулирует спорные отношения о правах покупателя квартиры на объект незавершенного строительства; ввиду того, что жилой дом не достроен, при этом ни законом, ни условиями договоров не предусмотрено возникновение общей долевой собственности на не завершенное строительством здание, требования участников строительства о признании за ними

права собственности на доли в праве собственности на не завершенный строительством многоквартирный жилой дом в виде конкретных квартир не подлежат удовлетворению (Определение СКЭС ВС РФ от 5 сентября 2019 г. № 306-ЭС16-3099(4, 5)).

Более того, на вопрос о том, каким способом подлежит защите право физического лица на нежилое помещение в объекте незавершенного строительства по договору участия в долевом строительстве многоквартирного дома, правильным в практике считается следующий ответ: в связи с заключением договора участия в долевом строительстве, предметом которого является нежилое помещение, не предназначенное для удовлетворения личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд гражданина, не связанных с предпринимательской и иной экономической деятельностью, у застройщика возникает обязательство передать индивидуально-определенное нежилое помещение в строящемся объекте недвижимого имущества. Согласно п. 1 ст. 308.3 ГК РФ в случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено данным Кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Поскольку из существа обязательства по передаче индивидуально-определенного нежилого помещения, не предназначенного для удовлетворения личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд гражданина, не вытекает иное, надлежащим способом защиты права физического лица в отношении такого помещения в объекте незавершенного строительства в соответствии с приведенными положениями ст. 308.3 ГК РФ является понуждение к исполнению обязательства в натуре (ответ на вопрос 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.). Таким образом, речь идет об использовании не вещно-правового способа защиты (признания права), а обязательственно-правового (присуждения к исполнению). К сожалению, в этом ответе не содержится указания на то, что такое требование может быть удовлетворено лишь по завершении строительства.

Представляется очевидным, что способы защиты прав на помещения в объекте незавершенного строительства по договору участия в долевом строительстве не должны дифференцироваться ни в зависимости от категории участника строительства (гражданин, юридическое лицо или публичное образование), ни в зависимости от назначения помещения (жилое или нежилое).

Несмотря на указанные соображения, в практике можно встретить крайне спорные утверждения о том, что законом не установлено

запрета или иных ограничений на право иметь в собственности обособленное и обладающее индивидуальными признаками помещение в объектах незавершенного строительства, а правила ведения реестра недвижимого имущества и внесения в него записей являются производными от права иметь в собственности такое имущество, предназначены для реализации этого права и не могут рассматриваться как основания ограничения такого права (Определение СКГД ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 5-КГ17-44); действующее законодательство не содержит запрета на признание за гражданином права собственности на помещения в объекте незавершенного строительства, в отношении которого застройщиком не осуществлен кадастровый учет, если такие помещения имеют индивидуально-определенные характеристики (Определение СКГД ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 20-КГ16-10). Следует отметить, что эти сентенции сформулированы при разрешении дел по спорам о признании права на долю в объекте незавершенного строительства в виде квартиры.

Правоположение о возможности признания права в судебном порядке, исходя из практики судов общей юрисдикции, действует вне зависимости от предусмотренного договором порядка оформления документов, а также несмотря на возможное уклонение застройщика от их оформления.

При подобных обстоятельствах право собственности на спорные объекты, очевидно, не возникает у истцов до обращения в суд — ввиду отсутствия государственной регистрации. Следовательно, оно возникает только в силу вынесения и вступления в законную силу судебного решения, а потому такие требования являются не установительными, а преобразовательными.

Интересным исключением из этой практики, следующим, скорее, позициям, выработанным арбитражными судами, является следующее суждение: надлежащим способом защиты права физического лица на нежилое помещение в объекте незавершенного строительства по договору долевого участия является понуждение к исполнению обязательства в натуре (иск об обязанности передать нежилые помещения), такое требование рассматривается по правилам ст. 308.3, 398, п. 2 ст. 463, п. 3 ст. 551 ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 19 февраля 2019 г. № 4-КГ18-92).

*(в) Особенности рассмотрения притязаний на объекты долевого строительства при банкротстве застройщика*

Разница между подходами арбитражных судов и судов общей юрисдикции становится особо значимой в ситуации, когда в отношении застройщика возбуждено дело о банкротстве.

Порядок предъявления банкроту требований определяется следующим комплексом правил: во-первых, общее правило заключается в том, что все имущественные требования могут быть предъявлены должнику только в ходе производства по делу о банкротстве (абзац седьмой п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве); во-вторых, для требований о признании права собственности из данного общего правила делается исключение: в силу специальной нормы такие требования могут быть предъявлены должнику в обычном порядке искового производства; в-третьих, для ситуаций, когда требование о признании права предъявляется банкроту-застройщику в отношении недвижимого имущества, из приведенной специальной нормы установлено изъятие, по существу возвращающее регулирование к режиму, установленному общим правилом: такие требования подлежат предъявлению и рассмотрению в рамках дела о банкротстве (п. 1 ст. 201.8 Закона о банкротстве) в качестве обособленных споров (см. п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35).

Особая процессуальная форма рассмотрения таких притязаний объясняется тем, что в значительном количестве случаев требования к банкротам-застройщикам лишь маскируются под установительные (требования о признании права). На самом деле они являются требованиями о присуждении или преобразовательными требованиями (как это и имеет место в описанной выше практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции) и по существу направлены на исполнение застройщиком обязательств по передаче объектов строительства (разнообразные виды их возможной словесной оболочки приведены в п. 1 ст. 201.8 Закона о банкротстве). Удовлетворение таких требований в обычном порядке искового производства по существу было бы преимущественным (предпочтительным) по отношению к другим кредиторам, имеющим аналогичные права и интересы, лишь за счет креативного формулирования предмета. Оставление такой лазейки противоречило бы целям института банкротства (ср. ст. 61.3 Закона о банкротстве).

Как требование о признании права собственности (на машино-место, жилое или нежилое помещение) характеризуется притязание, которое может быть предъявлено участником строительства в указанной процессуальной форме, т.е. в деле о банкротстве застройщика. Порядок рассмотрения и условия удовлетворения данного требования установлены ст. 201.8 и п. 8, 8.1 ст. 201.11 Закона о банкротстве. Само это притязание, несмотря на использование термина «признание права», не является установительным. Если согласно п. 8 ст. 201.11 Закона о банкротстве суд признает право собственности на передан-

ное участнику строительства помещение, соответствующий судебный акт следует считать конститутивным, поскольку он направлен не на подтверждение ранее возникшего права (без регистрации оно не могло возникнуть), а на создание предпосылок к его возникновению. Если же в силу п. 8.1 ст. 201.11 Закона о банкротстве суд признает право собственности на помещение, не переданное участнику строительства (тем более в ситуации стечения требований на одно помещение нескольких участников строительства), такой судебный акт правильно квалифицировать как решение о присуждении.

В ситуации банкротства застройщика порядок рассмотрения притязаний на объекты долевого строительства также дифференцируется арбитражными судами и судами общей юрисдикции. В последних действует следующее разъяснение: если иск о признании права собственности на объект долевого строительства или на долю в праве собственности на объект незавершенного строительства предъявлен в суд общей юрисдикции до введения наблюдения в отношении застройщика, то основания для отказа таким судом в принятии искового заявления или прекращения производства по делу отсутствуют, а спор должен быть разрешен этим судом в порядке гражданского судопроизводства (п. 1 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.). Следует оговорить, что после утверждения данного Обзора правила банкротства застройщиков дополнены нормой о том, что в делах о банкротстве застройщиков наблюдение и финансовое оздоровление не применяются (абзац первый п. 2.7 ст. 201.1 Закона о банкротстве).

В подобных ситуациях арбитражные суды, как правило, отказывают в удовлетворении требования о признании права (хотя должны их квалифицировать как требования о регистрации права, т.е. требования о присуждении).

Вместе с тем есть категории споров, когда высшие судебные инстанции считают допустимым признание права при рассмотрении дела в арбитражном суде:

(i) когда в ходе строительства одного дома граждане обращаются в суды общей юрисдикции с требованиями о признании права собственности на квартиры и иные помещения и в силу сложившейся в этих судах практики добиваются их удовлетворения. В подобных ситуациях отказ субъектам предпринимательской деятельности в удовлетворении аналогичных требований при обращении в арбитражные суды означал бы нарушение вытекающего из принципа равенства (ч. 3 ст. 19 Консти-

туции РФ, п. 1 ст. 1 ГК РФ) запрета вводить такие различия в правах лиц, принадлежащих к одной и той же категории, которые не имеют объективного и разумного оправдания (запрета различного обращения с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях (постановления КС РФ от 15 июня 2006 г. № 6-П (п. 3 мотивировочной части), от 28 мая 2010 г. № 12-П (п. 4.2 мотивировочной части))). Поэтому при таких обстоятельствах высшие судебные инстанции арбитражной системы в порядке исключения соглашаются с возможностью удовлетворения требований о признании права собственности, несмотря на общий подход (постановления Президиума ВАС РФ от 10 марта 2009 г. № 13940/08, от 25 июня 2013 г. № 14520/12; определения СКЭС ВС РФ от 24 февраля 2015 г. № 305-ЭС14-1186, от 15 сентября 2015 г. № 305-ЭС15-3617 (из судебного акта нельзя сделать вывод о том, что в отношении какого-либо лица из числа ответчиков было возбуждено дело о банкротстве), от 17 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-5012). Этот подход впоследствии был воспринят законодателем (п. 8.1 ст. 201.11 Закона о банкротстве);

(ii) когда это требование имеет текущий характер, если договор участия в долевом строительстве заключен и оплата за помещения произведена после возбуждения дела о банкротстве застройщика при условии, что целью совершения сделки является дофинансирование строительства объекта (п. 1 ст. 6 ГК РФ, ст. 5 Закона о банкротстве). Это притязание представляет собой требование о понуждении к исполнению обязательства в натуре (об обязанности передать нежилые помещения), т.е. является требованием о присуждении (см. подробнее п. 2.2 настоящего комментария), и рассматривается по правилам ст. 308.3, 398, п. 2 ст. 463, п. 3 ст. 551 ГК РФ с учетом особенностей, установленных законодательством о банкротстве.

В этой ситуации судом в рамках дела о банкротстве застройщика может быть рассмотрен по существу вопрос о допустимости отобрания у застройщика индивидуально-определенной вещи в пользу участника долевого строительства (покупателя). Суд может удовлетворить требование такого кредитора, если строительство объекта на момент рассмотрения спора завершено и не нарушается очередность удовлетворения иных текущих требований. Передача денег застройщику, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, не является типичным поведением для данной сферы правоотношений, поэтому существует вероятность заключения фиктивных договоров и при рассмотрении подобных обособленных споров следует детально исследовать вопрос о добросовестности сторон сделки (п. 3 ст. 1, ст. 10 ГК РФ). Кроме этого, необходимо проверять реальность внесения



платы за приобретаемые помещения (п. 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35) (постановления Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 15961/11 и от 11 марта 2014 г. № 16768/13; Определение СКЭС ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС15-20071(6); п. 14 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 24 апреля 2019 г.).

Широко обсуждаемое дополнение Закона об участии в долевом строительстве правилами о расчетах с использованием счетов эскроу (ст. 15.4 и 15.5) призвано защитить интерес участников строительства в возврате средств в случае нарушения обязательств в части строительства и передачи объектов, но не усилит их позиции в вопросе получения объектов и не изменит подходов к решению вопроса признания прав на сам объект.

### **2.5. *Негативные (отрицательные) требования о признании***

#### ***(а) Общие сведения***

Наряду с положительными (позитивными) требованиями о признании права, указанными в абзаце втором ст. 12 ГК РФ (см. выше), судами признаются также негативные (отрицательные) требования о признании (их также предлагается именовать негационными требованиями). В отличие от позитивных установительных исков, негативные направлены на подтверждение не существования, а, напротив, отсутствия правоотношений с той же целью внесения определенности в правовое положение участников оборота.

Как отмечается в доктрине, при негативном иске цель истца состоит в предупреждении предъявления к нему со стороны ответчика иска о присуждении путем подтверждения отсутствия того правоотношения, которое могло бы породить право на исполнение, и в ограждении тем самым неприкосновенности правовой сферы истца вообще ввиду опасности для него оказаться вынужденным выступить ответчиком в возможном будущем процессе по иску о присуждении. При негативном иске неопределенность наличия отношения создает юридический интерес, поскольку для истца важно устранить сомнение в возможности возникновения и существования его обязанности перед ответчиком. Нередко негативные иски о признании предъявляются в качестве встречных с целью защиты против требования о присуждении, хотя в большинстве подобных случаев достаточным способом защиты может служить возражение, мотивированное отсутствием отношения, на котором основывается притязание, ввиду невозникновения или прекращения.

С практической точки зрения речь идет о том, что при предъявлении негативного иска о признании в судебном порядке требуется

подтвердить отсутствие правоотношения, которое либо 1) не возникло ввиду отсутствия (ненаступления) требующихся для его возникновения юридических фактов (в том числе несоответствия фактических обстоятельств признакам юридических фактов, описанным в гипотезе нормы, предусматривающей возникновение правоотношений), либо 2) прекратилось ранее ввиду наступления правопрекращающих юридических фактов.

Соответственно этому делению можно указать наиболее распространенные в практике виды требований, которые по существу являются негативными исками о признании:

1) требования о подтверждении отсутствия правоотношения ввиду ненаступления необходимых правопорождающих юридических фактов:

– требования о признании недействительной ничтожной сделки (абзац второй п. 3 ст. 166 ГК РФ). Ранее, до закрепления этой нормы в Кодексе (2013 г.), на уровне закона возможность предъявления таких требований следовала из абзаца седьмого п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве. До этого времени допустимость таких исков признавалась судебной практикой: разъяснялось, что Кодекс не исключает возможность предъявления исков о признании недействительной ничтожной сделки; споры по таким требованиям подлежат разрешению судом в общем порядке по заявлению любого заинтересованного лица (п. 32 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8). Основанием данного негативного требования служит наличие у сделки таких пороков, которые в силу закона влекут ничтожность сделки (например, п. 2 ст. 168, ст. 169–172 ГК РФ). Такое требование может быть предъявлено независимо от применения последствий недействительности при наличии у истца законного интереса в признании такой сделки недействительной.

Данное требование, являющееся негативным требованием о признании (установительным) и направленное на констатацию изначальной ничтожности сделки ввиду наличия соответствующего порока, следует отличать от требования о признании оспоримой сделки недействительной (абзац четвертый ст. 12; п. 2 ст. 166 ГК РФ), которое является преобразовательным, поскольку направлено на прекращение прав и обязанностей, возникших из сделки, которая до эффективного оспаривания считается действительной;

– требования о признании недействительным ничтожного решения собрания, которые допустимы в силу судебной практики (абзац первый п. 106 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Основания ничтожности решений собраний приведены в ст. 181.5 ГК РФ;

– требования о признании договора незаключенным. Допустимость таких требований косвенно подтверждается формулировками ГК РФ (п. 3 ст. 432), а до внесения указанной нормы в Кодекс (2015 г.) рассмотрение споров о заключенности договора получило широкое распространение в судебной практике (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июня 2014 г. № 2953/14, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, а также п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 февраля 1998 г. № 30). Основанием признания договора незаключенным является несоответствие фактических обстоятельств, давших повод для иллюзии совершения сделки, тем требованиям к юридическому факту или составу, которые согласно закону должны вести к заключению договора. Так, основаниями признания договора незаключенным является несогласование существенного условия или непредоставление имущества (вещи), когда его передача нужна для заключения договора (т.е. когда передача имущества включается законом в юридический состав, ведущий к заключению договора), именуемого в таком случае реальным (от лат. *res* – «вещь»).

До недавнего времени еще одним основанием признания договора незаключенным могло служить несоблюдение сторонами требования о государственной регистрации договора, но с развитием судебной практики и законодательства последствием отсутствия государственной регистрации стала считаться лишь невозможность противопоставить третьим лицам заключение договора при одновременном признании его обязательности для сторон (п. 3 ст. 433 ГК РФ, п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49);

– требования о подтверждении отсутствия правоотношения ввиду наступления правопрекращающих юридических фактов:

– требования о признании договоров ранее расторгнутыми (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 февраля 2007 г. № 12295/06; п. 31 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.; п. 14 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите прав потребителей, связанным с реализацией товаров и услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ 17 октября 2018 г.; определения СКГД ВС РФ от 13 января 2015 г. № 5-КГ14-139, от 23 августа 2016 г. № 117-КГ16-4, от 31 января 2017 г. № 49-КГ16-28, от 1 августа 2017 г. № 32-КГ17-15, от 28 ноября 2017 г. № 5-КГ17-192, от 6 февраля 2018 г. № 67-КГ17-26, от 4 сентября 2018 г. № 11-КГ18-20, от 18 сентября 2018 г. № 49-КГ18-48, от 6 августа 2019 г. № 5-КГ19-117;

Определение СКЭС ВС РФ от 24 июля 2018 г. № 305-ЭС18-2803) или прекратившимися по иным основаниям.

Например, если односторонний отказ от исполнения зарегистрированного договора связан с обстоятельствами, подлежащими проверке (например, с действиями одной из сторон, в частности с нарушением, допущенным другой стороной), то для внесения в государственный реестр записи о расторжении такого договора в орган, зарегистрировавший договор, требуется представить заявления обеих сторон договора. В случае отказа другой стороны договора от обращения с указанным заявлением сторона, заявившая об отказе от исполнения договора, вправе обратиться в суд с иском к другой стороне *о признании договора прекратившимся*. Решение суда об удовлетворении указанного иска служит основанием для внесения регистрирующим органом соответствующей записи в реестр (абзац третий п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35).

В практике также широко представлены требования о признании прекращенными договоров поручительства и собственно отношений поручительства (постановления Президиума ВАС РФ от 15 июля 1997 г. № 2016/97, от 17 марта 2011 г. № 15762/10, от 17 марта 2011 г. № 16555/10, от 19 июня 2012 г. № 1058/12; п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ за *третий квартал 2011 г.*, утвержденного Президиумом ВС РФ 7 декабря 2011 г.; определения СКГД ВС РФ от 12 июля 2011 г. № 16-В11-9, от 25 ноября 2014 г. № 32-КГ14-7, от 8 сентября 2015 г. № 77-КГ15-5, от 3 ноября 2015 г. № 77-КГ15-9, от 12 декабря 2017 г. № 59-КГ17-16, от 27 февраля 2018 г. № 78-КГ17-105, от 5 июня 2018 г. № 39-КГ18-2, от 25 сентября 2018 г. № 39-КГ18-4, от 19 февраля 2019 г. № 18-КГ18-257), равно как и договоров залога (включая ипотеку) и залоговых отношений (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 февраля 2014 г. № 10751/13; определения СКГД ВС РФ от 7 апреля 2015 г. № 18-КГ15-19, от 2 июня 2015 г. № 127-КГ15-9, от 16 января 2018 г. № 4-КГ17-76, от 12 марта 2019 г. № 5-КГ19-2, 5-КГ19-3; определение СКЭС ВС РФ от 21 мая 2015 г. № 305-ЭС15-1495).

Требования о признании прекратившимися или расторгнутыми следует отличать от требований о расторжении договора. Первые являются негативными требованиями о признании (установительными), поскольку основанием таких требований служат ранее наступившие юридические факты, влекущие прекращение или расторжение договоров. Вторые являются преобразовательными требованиями (о прекращении правоотношений (абзац двенадцатый ст. 12 ГК РФ)), а их основанием служат юридические факты, с которыми закон или договор связывают не автоматическое прекращение договорных отношений,

а право одной из сторон потребовать их прекращения в судебном порядке (например, п. 2 ст. 450 ГК РФ);

– требования о признании прекращенными или прекратившимися:

- прав, в частности права пользования жилым помещением (ч. 4 ст. 31 ЖК РФ; п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2015), утвержденного Президиумом ВС РФ 26 июня 2015 г.; определения СКГД ВС РФ от 23 сентября 2014 г. № 5-КГ14-66, от 24 февраля 2015 г. № 77-КГ14-11, от 10 марта 2015 г. № 70-КГ15-1, от 14 апреля 2015 г. № 4-КГ15-10, от 4 августа 2015 г. № 49-КГ15-7, от 17 ноября 2015 г. № 19-КГ15-23, от 8 декабря 2015 г. № 33-КГ15-20, от 22 марта 2016 г. № 58-КГ15-34, от 29 ноября 2016 г. № 4-КГ16-42, от 7 февраля 2017 г. № 78-КГ16-74, от 27 июня 2017 г. № 58-КГ17-6, от 3 апреля 2018 г. № 46-КГ18-7, от 24 апреля 2018 г. № 4-КГ18-5, от 9 октября 2018 г. № 117-КГ18-44, от 4 декабря 2018 г. № 19-КГ18-41 и др.);

- обязательств и обязанностей (определения СКГД ВС РФ от 18 ноября 2014 г. № 18-КГ14-151, от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54, от 27 марта 2018 г. № 5-КГ17-265; Определение СКЭС ВС РФ от 8 июня 2015 г. № 304-ЭС14-8595), в том числе по мотивам признания обязательств исполненными, а задолженности – погашенной (определения СКГД ВС РФ от 17 марта 2015 г. № 5-КГ14-155, от 7 апреля 2015 г. № 88-КГ14-4, от 27 марта 2018 г. № 6-КГ18-3) или признания обязательств прекращенными путем зачета требований (Определение СКЭС ВС РФ от 15 июня 2015 г. по делу № 307-ЭС15-1559).

Приведенные примеры не исключают возможности признания обязательства прекращенным по любому из оснований, предусмотренных в гл. 26 ГК РФ.

*(б) Признание права отсутствующим*

Особую разновидность негативных требований о признании составляют требования о признании права отсутствующим. В обороте нередко складывается ситуация, когда собственник недвижимого имущества фактически владеет им, его право зарегистрировано за ним, он не испытывает со стороны иных лиц каких-либо стеснений во владении, пользовании или распоряжении имуществом, но параллельно в ЕГРН есть запись, согласно которой некое право (как не существующее в действительности право собственности, так и иное право (аренды, залога и др.), создающее видимость обременения прав настоящего собственника) на данное имущество зарегистрировано за иным лицом, тогда как в действительности это иное лицо данным правом не обладает, т.е. запись по существу является недостоверной. Наличие такой записи нарушает законный интерес собственника в определенности его правового положения, т.е. в данном случае – в исключении из реестра

этой записи. Вместе с тем согласно абзацу первому п. 6 ст. 8.1 ГК РФ и ч. 5 ст. 1 Закона о государственной регистрации недвижимости зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке. Поэтому практика – в отсутствие в законе специального способа защиты для подобных ситуаций – долгое время пыталась определить надлежащий способ защиты этого законного интереса (например, встречались иски о признании права недействительным, тогда как эпитет «недействительный» к субъективному праву неприменим).

Итогом развития практики стало правоположение, согласно которому оспаривание зарегистрированного права или обременения может быть осуществлено путем предъявления иска *о признании права или обременения отсутствующими*, когда запись в ЕГРН нарушает законный интерес истца, который не может быть защищен ни путем признания права (коль скоро право и так зарегистрировано за истцом), ни путем истребования имущества из чужого незаконного владения (поскольку истец сохраняет владение объектом). Иными словами, речь идет о ситуациях, когда:

1) право собственности на один и тот же объект недвижимости зарегистрировано за разными лицами;

2) право собственности на движимое имущество зарегистрировано как на недвижимое имущество, например:

а) при наличии у истца права собственности на земельный участок на движимое имущество ответчика зарегистрировано право как на строение, расположенное на участке истца;

б) за ответчиком зарегистрировано право на недвижимое имущество, которое в действительности является движимым и принадлежит истцу;

3) ипотека или иное обременение прекратились, например:

а) когда залог прекратился ввиду прекращения обеспечиваемого им обязательственного требования или по иным основаниям (следует вместе с тем отметить, что с 2018 г. для целей погашения ипотечной записи предусмотрен специальный способ защиты – требование о прекращении ипотеки (абзац девятый п. 1 ст. 25 Закона об ипотеке));

б) обеспеченное требование задавнено, а запись о залоге в реестре сохранилась (абзац четвертый п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Этот не предусмотренный каким-либо законом, но отраженный в практике высших судебных инстанций способ защиты относится к числу негативных требований о признании. Его функциональная направленность состоит в оспаривании правильности записи в реестре и ее исправлении, в обеспечении достоверности, непротиворечивости

публичных сведений о существовании, принадлежности и правовом режиме объектов недвижимости, содержащихся в ЕГРН. Вместе с тем иски о признании отсутствующим права — как на недвижимое имущество, так и на объект, который не обладает признаками недвижимой вещи, но права на который зарегистрированы как на недвижимость, — считаются в практике разновидностью негаторного иска, т.е. требования об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения, ст. 304 ГК РФ (определения КС РФ от 25 сентября 2014 г. № 2109-О, от 28 января 2016 г. № 140-О, от 7 июля 2016 г. № 1421-О, от 28 февраля 2019 г. № 329-О и 330-О и др.; п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153; п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43; определения СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2015 г. № 303-ЭС15-5520, от 7 апреля 2016 г. № 308-ЭС15-15218; п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 13 апреля 2016 г.; п. 6 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 6 июля 2016 г.).

После появления этого разъяснения сложилась обширная практика применения данного способа защиты. Он признается исключительным: иск об отсутствии права имеет узкую сферу применения и не может заменять собой виндикационный и иные иски, поскольку допустим только при условии исчерпания иных способов защиты (признание права, виндикация), т.е. когда нарушенное право истца не может быть защищено посредством предъявления специальных исков, предусмотренных гражданским законодательством, и установления факта нарушения прав и законных интересов заинтересованного лица (определения СКГД ВС РФ от 29 августа 2017 г. № 50-КГ17-19, от 17 октября 2017 г. № 18-КГ17-169, от 14 ноября 2017 г. № 23-КГ17-6, от 12 декабря 2017 г. № 18-КГ17-238, от 20 февраля 2018 г. № 5-КГП17-252, от 15 мая 2018 г. № 87-КГ18-2, от 10 июля 2018 г. № 49-КГ18-13, от 25 декабря 2018 г. № 5-КГ18-262; Определение СКЭС ВС РФ от 5 марта 2018 г. № 308-ЭС17-15547; п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 24 апреля 2019 г.).

В случае регистрации права или обременения в отношении имущества, являющегося недвижимым, к числу условий заявления и удовлетворения требования о признании права отсутствующим относятся:

- 1) принадлежность спорного имущества на праве собственности истцу с регистрацией права в ЕГРН;
- 2) сохранение владения спорным имуществом за истцом; если же истец спорным имуществом не владеет, иск о признании права отсутствующим удовлетворению не подлежит; в такой ситуации право истца

может быть защищено исключительно с помощью иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения, удовлетворение которого влечет за собой не только восстановление владения спорной вещью, но и корректировку записей в ЕГРН о принадлежности имущества (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153, Определение СКГД ВС РФ от 14 ноября 2017 г. № 47-КГ17-18);

3) отсутствие владения таким объектом у ответчика,

4) регистрация спорного права на объект за ответчиком,

5) незаконность (бесосновательность) регистрации спорного права за ответчиком: запись в ЕГРН должна нарушать права истца, т.е. истец должен обладать аналогичным с ответчиком правом в отношении объекта имущественных прав, поскольку в противном случае признание права ответчика отсутствующим не восстановит нарушенные права истца (определения СКГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 71-КГ17-10, от 23 октября 2018 г. № 18-КГ18-163, от 25 декабря 2018 г. № 5-КГ18-262);

6) невозможность использования иных способов защиты, например признания права истца (Определение СКГД ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 33-КГ17-10; п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 июля 2018 г.).

В практике также сформулирована позиция, согласно которой еще одним условием удовлетворения иска о признании права отсутствующим является сохранение спорного имущества в натуре: право собственности конкретного лица может быть признано отсутствующим только при наличии иного лица, которое таким правом обладает, в отношении имущества, которое существует; если истец полагает вещь, в отношении которой просит признать право отсутствующим, несуществующей, им выбран ненадлежащий способ защиты (Определение СКГД ВС РФ от 15 мая 2018 г. № 87-КГ18-2). Данная позиция представляется спорной, поскольку прекращение права собственности на объект ввиду его гибели при сохранении записи о праве в реестре может нарушать интерес третьих лиц. Например, в приведенном деле сохранение записи в ЕГРН о праве на спорный (предположительно прекративший существование) объект делало невозможным реализацию правомочия муниципального образования на распоряжение земельным участком (где ранее располагался спорный объект), ответственность на который не разграничена.

В ситуации, когда право собственности истца зарегистрировано позже аналогичного оспариваемого им права ответчика, обязанность доказать наличие оснований для удовлетворения иска и для признания



зарегистрированного права ответчика отсутствующим лежит на истце; суд не может возложить обязанность доказывать достоверность публичного реестра на ответчика (Определение СКГД ВС РФ от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-115).

Из правового положения о том, что признание права отсутствующим возможно лишь в ситуации, когда право истца не может быть защищено путем истребования имущества из чужого незаконного владения, следует, что виндикационное притязание и требование о признании права отсутствующим являются взаимоисключающими (определения СКГД ВС РФ от 21 марта 2017 г. № 33-КГ17-3, от 20 марта 2018 г. № 117-КГ18-2, от 10 апреля 2018 г. № 117-КГ18-12, № 117-КГ18-15, № 117-КГ18-16, № 117-КГ18-17, № 117-КГ18-18, от 24 апреля 2018 г. № 117-КГ18-10, № 117-КГ18-13, № 117-КГ18-14, № 117-КГ18-20, № 117-КГ18-21, № 117-КГ18-22).

При наличии межевого спора иск о признании отсутствующим зарегистрированного права собственности на земельный участок является ненадлежащим способом защиты права (Определение СКЭС ВС РФ от 23 ноября 2018 г. № 308-ЭС18-10260; п. 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 17 июля 2019 г.).

Надлежащим способом защиты прав собственника земельного участка, полагающего свои права нарушенными незаконным нахождением на этом земельном участке объекта недвижимости (строения), является требование о признании такого объекта самовольной постройкой и его сносе. При этом указанное требование имеет иные предмет, основание и правовые последствия его удовлетворения, чем требование о признании права отсутствующим (Определение СКГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 71-КГ17-10).

Определенной спецификой обладают ситуации регистрации права в отношении имущества, в действительности не являющегося недвижимым. При этом юридически значимым и подлежащим доказыванию обстоятельством является наличие (отсутствие) у объекта, на который зарегистрировано право собственности ответчика, признаков недвижимой вещи, предусмотренных п. 1 ст. 130 ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 18 июля 2017 г. № 71-КГ17-10, Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2018 г. № 308-ЭС17-21569).

Речь может, например, идти о случаях, когда объект создан исключительно в целях улучшения качества и обслуживания земельного участка и не обладает самостоятельным функциональным назначением, а является неотъемлемой частью земельного участка. В таких ситуациях государственная регистрация права собственности одного

лица на спорный объект как недвижимую вещь, расположенную на земельном участке, имеющую другого собственника, нарушает принцип единства судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов (подп. 5 п. 1 ст. 1 ЗК РФ), разрывает общий правовой режим этих объектов и делает невозможным их надлежащее использование и тем самым нарушает права не только собственника, но и иных лиц. Поэтому активной легитимацией на иск о признании права отсутствующим в такой ситуации обладают:

- 1) собственник земельного участка, на котором этот объект расположен;
- 2) арендатор земельного участка, которому участок предоставлен его собственником для строительства объекта недвижимости;
- 3) в исключительных случаях — лица, законные права которых нарушены фактом регистрации права собственности иного лица на спорный объект (Определение СКЭС ВС РФ от 25 мая 2017 г. № 308-ЭС16-20201).

Исковая давность на такое требование не распространяется (абзац пятый ст. 208 ГК РФ). Иной подход к применению исковой давности в качестве возражения против указанного требования не обеспечивает достоверность и публичность государственного реестра, не способствует должной защите прав участников гражданского оборота и восстановлению их нарушенных прав в отношении объектов недвижимости (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153; п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43; определения СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2015 г. № 303-ЭС15-5520, от 7 апреля 2016 г. № 308-ЭС15-15218, от 16 февраля 2017 г. № 310-ЭС16-14116; п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 13 апреля 2016 г.; п. 6 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 6 июля 2016 г.).

Следует также отметить, что, несмотря на разъяснения высших судебных инстанций о надлежащем способе защиты (признание права отсутствующим), в практике встречаются случаи заявления и рассмотрения требований, сформулированных иначе. Например, суды рассматривали дело по иску о признании права на земельный участок недействительным, прекращении права собственности на земельный участок (Определение СКГД ВС РФ от 2 октября г. 2018 № 51-КГ18-10), о признании прекращенным права постоянного бессрочного пользования (Определение СКГД ВС РФ от 7 июня 2016 г. № 44-КГ16-4)

При рассмотрении одного из дел с аналогичной формулировкой ВАС РФ указал, что иск о признании зарегистрированного права соб-

ственности прекращенным заявлен с целью изменения данных, содержащихся в системе учета прав на недвижимое имущество, приведения их в соответствие с фактическими обстоятельствами, с которыми закон связывает прекращение права собственности; такое требование по своему характеру, целевой направленности и условиям предъявления аналогично такому способу защиты права, как признание права отсутствующим, а потому несовпадение формулировки заявленного иска с названным способом защиты права не влияет на существо требования (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 4372/10).

В практике высшей инстанции есть также один случай применения данного способа защиты в отношении движимого имущества: в течение срока лизинга лизинговая компания передала лизинговое имущество (транспортные средства) в залог банку, после внесения всей суммы лизинговых платежей лизингополучатель стал собственником автомобилей и обратился к банку с требованием о признании прекратившимся (отсутствующим) права залога у банка в отношении названных транспортных средств. Высшая судебная инстанция признала правильной позицию апеллиционного суда, который удовлетворил это требование по мотивам, основанным на разъяснениях ВАС РФ, касающихся лизинговой деятельности (Определение СКЭС ВС РФ от 16 ноября 2016 г. № 309-ЭС16-9488).

### **3. Восстановление положения, существовавшего до нарушения права**

В абзаце третьем ст. 12 ГК РФ в качестве способа защиты гражданских прав указываются восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Нетрудно заметить, что в данном фрагменте речь идет о трех самостоятельных способах защиты:

1) восстановлении положения, существовавшего до нарушения права;

2) пресечении действий, нарушающих право;

3) пресечении действий, создающих угрозу нарушения права.

Второй и третий из указанных способов освещаются далее (см. п. 4 комментария к данной статье). Здесь же речь идет о восстановлении положения, существовавшего до нарушения.

К сожалению, высшие судебные инстанции нередко в своих актах дают ссылку на данный фрагмент ст. 12 ГК РФ целиком, что препятствует уяснению правовой позиции относительно того, какой из трех перечисленных способов защиты признан надлежащим (или, напротив, ненадлежащим) при установленных в ходе рассмотрения дела обстоятельствах.

### *3.1. Содержание понятия*

Восстановление положения, существовавшего до нарушения права (см. также ст. 1106, п. 1 ст. 1251 ГК РФ, п. 4 ч. 2 ст. 60 ЗК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 11 ЖК РФ), является родовым понятием. Его объем включает большое количество видов требований, рассматриваемых в законодательстве, практике и доктрине как самостоятельные способы защиты права.

В основе всех этих способов лежит одно из основных начал гражданского законодательства – принцип обеспечения восстановления нарушенных прав (п. 1 ст. 1 ГК РФ).

Эти способы объединяет общая цель их применения, состоящая в восстановлении первоначального положения, т.е. в приведении частноправовой сферы потерпевшего в то состояние, в котором она находилась бы, если бы его право не было нарушено.

В качестве эталона восстановления положения, существовавшего до нарушения права, следует привести институт реабилитации в уголовном процессе (гл. 18 УПК РФ).

В широком смысле большинство поименованных способов защиты права так или иначе направлены на достижение этого эффекта, но действуют при этом различные механизмы.

В нынешней формулировке данный способ защиты закреплен в отечественном законодательстве начиная с Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 г. (часть первая ст. 6) и ГК РСФСР 1964 г. (абзац третий части первой ст. 6).

Сам термин «восстановление» является в существенной степени образным и метафорическим. В большом количестве случаев с практической точки зрения восстановление заключается не в возврате в прямом смысле слова к первоначальному состоянию (положению вещей), что физически невозможно, а в создании нового состояния (максимально схожего с прежним). Для отождествления нового состояния с первоначальным с целью защиты прав потерпевшего путем их «восстановления» в ряде случаев возникает необходимость пренебрегать некоторыми обстоятельствами, как приведшими к нарушению права, так и произошедшими начиная со времени их наступления до рассмотрения дела юрисдикционным органом, вынесения им решения и его вступления в законную силу.

Мысль о необходимости восстановления прежнего состояния, т.е. поставления лица в такое положение, в каком оно находилось бы, если бы известный (повлекший нарушение прав) факт не совершился бы, как отмечает доктрина, была известна римскому праву, где при определенных условиях проводилась в жизнь в юрисдикционной пра-

ктике путем применения ряда средств защиты, имевших обобщающее наименование «*restitutio in integrum*».

Этот термин воспринят в современном международном праве, включая правотворческую и правоприменительную практику Совета Европы: в случае констатации нарушения прав, гарантируемых Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, государствам — участникам Конвенции рекомендуется обеспечить восстановление положения, в котором находилось лицо до нарушения его прав (*restitutio in integrum*) (ст. 41 Конвенции), в противовес денежной компенсации или в дополнение к ней (абзац шестой преамбулы и п. I Рекомендаций Комитета Министров Совета Европы от 19 января 2000 г. № R (2000) 2 по пересмотру дел и возобновлению производства по делу на внутригосударственном уровне в связи с решениями ЕСПЧ; п. 2(b)(i) правила 6 Правил Комитета Министров по контролю за исполнением постановлений и условий мировых соглашений (принятых Комитетом Министров 10 мая 2006 г. на 964-м заседании заместителей министров); п. 34 Постановления ЕСПЧ от 31 октября 1995 г. по делу «Папамихалопулос (Paramichalopoulos) и другие против Греции» (жалоба № 14556/89) (о применении ст. 50 Конвенции); п. 19 и 20 Постановления Большой палаты ЕСПЧ от 23 января 2001 г. по делу «Брумареску (Brumărescu) против Румынии» (жалоба № 28342/95)). Эти правила и правовые позиции рассчитаны на публичные отношения, но весьма наглядно иллюстрируют значимость такой меры, как восстановление положения, в котором находилось лицо до нарушения его прав.

Наряду с указанным понятием в зарубежной литературе применительно к подлежащему восстановлению положению используется термин «*status quo ante*» (см., например, п. 89 Решения ЕСПЧ от 30 августа 2016 г. по делу «Миндек (Mindek) против Хорватии» (жалоба № 6169/13)).

### **3.2. Объем понятия**

При настолько *широком подходе* к числу поименованных способов защиты права, охватываемых идеей восстановления прежнего положения и использующих его универсальный защитный механизм, можно отнести:

— истребование имущества из чужого незаконного владения (виндикационный иск) (ст. 301 ГК РФ; см. также п. 2 ст. 46 и ст. 147.1 ГК РФ, п. 32–44 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126);

— устранение нарушений прав владельца имущества, не связанных с лишением владения, в части обязанности устранить последствия

нарушения права (негативный иск) (ст. 304 ГК РФ; см. также п. 45–49 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 и Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153);

– применение последствий недействительности сделки (реституция) (абзац четвертый ст. 12, п. 2 ст. 167, подп. 2 п. 3 ст. 307.1, п. 1 ст. 1103 ГК РФ, ст. 61.6 Закона о банкротстве; указание на признание двусторонней реституции частным случаем восстановления положения, существовавшего до нарушения права, содержится в Определении СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-52);

– восстановление корпоративного контроля посредством возвращения доли участия в корпорации (п. 3 ст. 65.2 ГК РФ, п. 17 ст. 21 Закона об ООО);

– возврат бездокументарных ценных бумаг в количестве, равном количеству неправомерно списанных ценных бумаг (п. 1 ст. 149.3 ГК РФ);

– снос самовольной постройки (ст. 222 ГК РФ; указание на признание сноса самовольной постройки частным случаем восстановления положения, существовавшего до нарушения права, содержится, в частности, в определениях СКГД ВС РФ от 21 сентября 2018 г. № 46-КГ18-34, от 20 ноября 2018 г. № 18-КГ18-175, от 26 февраля 2019 г. № 24-КГ18-14);

– опровержение недостоверных сведений, порочащих честь и достоинство гражданина, а также деловую репутацию гражданина или юридического лица (ст. 152 ГК РФ, ст. 43–44 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»; признание опровержения недостоверных сведений частным случаем восстановления положения, существовавшего до нарушения права, содержится, в частности, в п. 10 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденного Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.);

– возмещение вреда в связи с деликтом (ст. 1064 ГК РФ), в свою очередь, реализуемое посредством возмещения в натуре (предоставления вещи того же рода и качества, исправления поврежденной вещи и т.п.) или возмещения убытков (ст. 1082 ГК РФ; см. также Постановление Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 и Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145);

– возврат неосновательно приобретенного или сбереженного имущества (неосновательного обогащения) в натуре или возмещение его стоимости (кондикционный иск) (ст. 1102 и сл. ГК РФ; см. также Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49). Последний способ нередко называют резервным (субсидиар-

ным): считается, что он подлежит применению тогда, когда никаким иным образом (из числа перечисленных в законе средств защиты) оказывается невозможным исправить экономически неоправданное перемещение материального блага из имущественной сферы одного лица в имущественную сферу другого лица. Роль и место данного способа защиты являются предметом научных дискуссий.

В ряде актов КС РФ к числу требований о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, относятся также требования о признании зарегистрированного права или обременения отсутствующим (абзац четвертый п. 52 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; указание на отнесение признания права отсутствующим к числу способов защиты, охватываемых такой мерой, как восстановление прежнего положения, содержится в определениях КС РФ от 25 сентября 2014 г. № 2109-О, от 28 января 2016 г. № 140-О, от 7 июля 2016 г. № 1421-О, от 19 июля 2016 г. № 1546-О). Такая квалификация представляется не вполне корректной: регистрация спорного права или обременения сама по себе не нарушает права истца, а лишь создает угрозу нарушения; истец предъявляет требование о признании права отсутствующим в целях защиты законного интереса в определенности собственного правового положения, как и во всех случаях использования установительного иска, тогда как требования о восстановлении прежнего положения относятся к искам о присуждении. См. подробнее об исках о признании прав и обременений отсутствующими подп. «б» п. 2.5 комментария к настоящей статье.

В Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России указывалось, что иски о признании договоров незаключенными, будучи неурегулированными на уровне позитивного права, заявлялись как требования, основанные на общих положениях ст. 12 ГК РФ о способах защиты гражданских прав (восстановление положения, существовавшего до нарушения права). В обоснование такой квалификации приводилась ссылка на то, что договор требует достижения согласия по всем его существенным условиям, чтобы считаться заключенным, а потому если хотя бы одно из таких условий не согласовано сторонами либо согласовано с недостаточной степенью конкретизации (что определяется по дискретному усмотрению суда), то договор подлежит признанию незаключенным, следовательно, не порождающим правовых последствий (п. 2.1.2 разд. VII). Между тем такая квалификация рассматриваемого требования представляется некорректной по тем же соображениям, что изложены выше применительно к искам о признании права отсутствующим. В случае

выявления такого порока договора, который дает основания для признания его незаключенным (сама возможность данного требования теперь вскользь предусмотрена законом (п. 3 ст. 406.1, абзац второй п. 1 ст. 431.2 ГК РФ; см. также Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165), но является предметом споров в доктрине), восстановление прежнего положения может заключаться во взыскании исполненного по нему в качестве неосновательного обогащения (п. 3 ст. 1103 ГК РФ).

Требования о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, преимущественно относятся к притязаниям о присуждении (исполнительным притязаниям).

При этом при наличии обстоятельств, затрудняющих исполнение судебного акта по подобному требованию, суд, выдавший исполнительный лист, вправе по заявлению взыскателя, должника или судебного пристава-исполнителя изменить способ и порядок его исполнения, в том числе на взыскание денежной суммы, необходимой для осуществления мероприятий в целях исполнения принятого по делу судебного акта (ст. 434 ГПК РФ, ст. 324 АПК РФ, ст. 37 Закона об исполнительном производстве, Постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 5910/11).

Необходимо особо оговорить, что *в узком смысле* восстановление прежнего положения следует понимать лишь как воссоздание ранее существовавшего фактического или правового положения и противопоставлять таким способам защиты нарушенного права, которые предполагают удовлетворение потерпевшего за счет присуждения в его пользу денежной компенсации того умаления его частноправовой сферы, которое выразилось в натуральной или вовсе неимущественной форме.

При таком подходе возврат в натуре имущества, переданного по недействительной сделке (реституция) или составляющего неосновательное обогащение (кондикция), либо возмещение вреда в натуре будут частными случаями восстановления прежнего положения. В то же время возмещение в денежной форме стоимости несохранившегося имущества или возмещение убытков (в особенности в части упущенной выгоды или в размере, превышающем негативный интерес потерпевшего) уже будут за рамками этого способа.

В узком смысле, не включающем денежную компенсацию, восстановление прежнего положения в большинстве случаев, исходя из характера нарушения и существа нарушенного права, заключается в совершении действий, которые по содержанию и цели будут, образно говоря, «зеркальными отражениями» нарушений, подобными



им, но «с противоположным знаком». Например, если нарушитель незаконно завладел имущественными ценностями истца (недвижимые и движимые вещи, бездокументарные ценные бумаги, иные бестелесные объекты, которые представляют интерес и выполняют свою экономическую функцию только при условии монопольного положения правообладателя в ходе пользования и распоряжения), восстановление прежнего положения будет состоять в возврате (передаче) из имущественной сферы нарушителя в имущественную сферу потерпевшего выбывших из нее в результате нарушения материальных благ, включая взыскание неполученных доходов. Если нарушение заключалось в разрушении или повреждении какого-либо объекта, восстановление *status quo ante* предполагает физическое восстановление (а по существу – создание заново) разрушенного объекта, ремонт поврежденных вещей. Если нарушение представляло собой возведение самовольной постройки, восстановления прежнего положения можно добиться путем ее сноса и т.д. Наверное, можно обсуждать допустимость – в рамках рассматриваемого способа защиты права – требования об устранении объекта, созданного ответчиком в нарушение не только общего запрета, но и запрета, образующего содержание относительного правоотношения – негативного обязательства воздержаться от создания такого объекта.

Если противоправные действия привели к нарушениям в идеальной сфере – в области определения принадлежности прав или правовых состояний, восстановление прежнего положения возможно путем присуждения к совершению действий, направленных на фиксацию признанных за истцом прав или состояний. Речь, например, может идти о восстановлении регистрации по месту жительства в случае незаконного снятия с регистрационного учета.

### **3.3. Условия удовлетворения требования**

Комплекс условий удовлетворения требования о восстановлении *status quo ante* не освещался в практике высших судебных инстанций, но на основе обобщения актов нижестоящих судов в литературе к числу таких условий относят: 1) предшествующее наличие и законность положения, подлежащего восстановлению; 2) нарушение прежнего положения; 3) реальную возможность восстановления прежнего положения путем устранения негативных последствий.

Внешне (физически) упомянутые действия ничем не отличаются от действий, подлежащих совершению в силу обязанности, присуждение к исполнению которой в натуре составляет способ защиты права, предусмотренный абзацем восьмым ст. 12 ГК РФ. Различие между указанными способами защиты следует проводить лишь по линии

оснований возникновения обязанности, присуждения к исполнению которой требует истец.

Если нарушение его права выражается в уклонении ответчика от исполнения обязанности, образующей содержание ранее существовавшего между сторонами относительного регулятивного отношения (в большинстве случаев — договорного обязательства), речь идет о том, что должник уклоняется от того, чтобы собственными действиями перевести частноправовую сферу истца из прежнего в новое желательное для него состояние (от передачи вещи, от выполнения работы и т.п.), для достижения которого истец и привлек контрагента. В этом случае надлежащим способом защиты права будет собственно требование о присуждении к исполнению обязанности в натуре по правилам о соответствующем относительном правоотношении.

Если до нарушения стороны в относительном отношении не состояли, а само нарушение заключается в нежелательном для истца изменении его частноправовой сферы, он заинтересован в ее приведении в первоначальное состояние, а его права — при наличии перечисленных выше условий — подлежат защите одним из способов, охватываемых восстановлением прежнего положения (ср. п. 34 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Тем не менее ввиду сходства характера действий, подлежащих совершению при использовании обоих способов защиты, если восстановление прежнего положения должно заключаться в подобном исполнении (передаче ценностей или выполнении работы), допустимость удовлетворения таких требований должна определяться, если иное не вытекает из закона или существа отношений, по аналогии по тем же правилам и с учетом тех же ограничений, которые предусмотрены законом, а также сформулированы практикой и доктриной в отношении присуждения к исполнению в натуре (см. п. 7.1 комментария к данной статье).

Кроме того, необходимо учитывать возможное влияние восстановления *status quo ante* на правовое положение третьих лиц в свете такой ценности, как стабильность оборота. Интерес потерпевшего в восстановлении прежнего положения следует соотносить с правами и интересами третьих лиц, добросовестно полагавшихся на обстоятельства, ставшие результатом нарушения прав потерпевшего, о котором такие третьи лица не знали и не могли (не должны были) знать.

Применительно к ряду поименованных способов защиты прав необходимость учета интересов добросовестных участников оборота прямо указана в законе (защита добросовестного приобретателя (абзац второй п. 1 ст. 149.3, ст. 302 ГК РФ)) или руководящих разъяснениях высших судебных инстанций (защита добросовестного прио-

бретателя при использовании потерпевшим такого способа защиты, как реституция (п. 3.2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П, п. 35 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22)). В качестве общего принципа при использовании восстановительных способов защиты необходимость учета прав и интересов добросовестных участников оборота также упоминается в практике высших инстанций (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июля 2011 г. № 2763/11: в данном деле был поднят вопрос о защите прав добросовестного залогодержателя при признании недействительной сделки, по которой заложенная вещь была приобретена залогодателем до заключения договора залога; впоследствии данное решение было также закреплено в законе (абзацы второй и третий п. 2 ст. 335 ГК РФ)).

Соответственно, преимущество добросовестного участника оборота перед первоначальным правообладателем (в случае, когда нарушение стало возможным вследствие его небезупречного поведения или упущения либо по обстоятельствам, за которые он отвечает) также следует рассматривать в качестве ограничения такого способа защиты права, как восстановление прежнего положения.

#### ***3.4. Роль требования о восстановлении прежнего положения как субсидиарного способа защиты***

Отнесение поименованного способа защиты права к восстановительным или компенсационным особого практического значения не имеет. Часть способов защиты права, признанных в специальных нормах закона и конкретизирующих общее средство как разновидность восстановления положения, существовавшего до нарушения (например, виндикация), стара, как западная цивилизация, так как сформировалась еще в римском праве. При наличии предусмотренных законом и признаваемых практикой условий применения определенного способа защиты потерпевший вправе им воспользоваться, а суд обязан удовлетворить его требование.

Задача защиты нарушенного права существенно усложняется, если поименованный специальный способ защиты не может быть применен (например, ввиду отсутствия у инцидента хотя бы одного из признаков комплекса условий, предусмотренных законом для применения специального способа защиты); в такой ситуации правопорядок должен не расписываться в собственном бессилии, а предлагать потерпевшему субсидиарное средство.

В ряде случаев таким субсидиарным средством оказывается именно восстановление положения, существовавшего до нарушения права, как общий способ защиты.

### ***3.5. Примеры применения: восстановление корпоративного контроля***

В течение первого десятилетия действия ГК РФ практика (ввиду отсутствия в тот период в законе специальных норм) испытывала сложности с формулированием надлежащего способа защиты прав участника корпорации, утратившего долю участия в ней в результате неправомерных действий других лиц. Такой традиционный способ возврата правообладателю утраченного им актива, как виндикация, мог применяться в подобной ситуации лишь на основании аналогии закона и с определенными модификациями, обусловленными различиями в характеристиках спорных объектов. Бестелесная форма такого блага, как корпоративный контроль или обязательственное требование, препятствует непосредственному использованию вещных исков, рассчитанных на вещи как материальные, физически осязаемые и пространственно ограниченные объекты. Вместе с тем в основе виндикации лежит идея восстановления владения, т.е. положения, существовавшего до нарушения права собственника. Та же идея может и должна быть положена в основу конструкции способа защиты права участника корпорации, утратившего бестелесное благо — долю участия в ней.

В ходе рассмотрения корпоративного спора высшая судебная инстанция признала, что суды, установив фактических владельцев ценных бумаг, неправомерно изъятых у истцов, правомерно списали акции с лицевых счетов первых с целью зачисления на счета вторых и тем самым восстановили положение, существовавшее до нарушения прав акционеров (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 сентября 2006 г. № 4375/06). По существу, в полном соответствии с логикой правового регулирования в отсутствие условий применимости специального способа защиты (виндикации) было признано допустимым использовать общий способ (восстановление прежнего положения) с указанием его конкретного выражения (списание и зачисление акций).

При разрешении более поздних дел было подчеркнуто, что в области корпоративных отношений реализация данного способа защиты прав может выражаться в восстановлении права истца на корпоративный контроль, т.е. в присуждении истцу соответствующей доли участия в уставном капитале хозяйственного товарищества или общества, исходя из того, что он имеет право на такое участие в хозяйственном товариществе или обществе, которое он имел бы при соблюдении требований действующего законодательства (постановления Президиума ВАС РФ от 3 июня 2008 г. № 1176/08, от 10 июня 2008 г. № 5539/08, от 10 апреля 2012 г. № 15085/11; Определение СКЭС ВС РФ от 7 марта 2017 г. № 308-ЭС16-15069).

Рассматриваемый способ защиты применим и в целях восстановления незаконно прекращенного членства в некоммерческой корпорации, например садоводческом товариществе, являющемся видом товарищества собственников недвижимости (определения СКГД ВС РФ от 20 февраля 2018 г. № 117-КГ17-20, № 117-КГ17-21, № 117-КГ17-22; п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 июля 2018 г.).

Предложенный практикой путь впоследствии был воспринят законодателем: ГК РФ был дополнен нормами о возвращении доли участия в корпорации (п. 3 ст. 65.2) и о возврате бездокументарных ценных бумаг (п. 1 ст. 149.3). С закреплением в законе специального способа защиты отпала необходимость в использовании общего способа — восстановления прежнего положения.

В Концепции развития законодательства о ценных бумагах и финансовых сделках поднимался вопрос о влиянии последующего восстановления прав на отношения в обществе, возникшие до этого, при восстановлении прав владельца ценных бумаг, закрепляющих права участия в хозяйственных обществах. Указывалось, в частности, на проблемы при восстановлении прав на акции в связи с необходимостью разрешения вопроса о возможности аннулирования решений, принятых обществом с участием лица, не являющегося действительным обладателем права, но формально легитимированным. При определении корпоративных последствий восстановления акционера в праве на ценные бумаги необходимо учитывать как интересы акционера, права которого восстановлены, так и интересы других участников общества и третьих лиц, добросовестно основывающихся на формальной легитимации определенного лица. В указанной Концепции предлагалось исходить из общих принципов распределения рисков в отношениях с ценными бумагами: по общему правилу последствия восстановления не должны влечь негативных последствий для лиц, в отношениях с обществом основывающихся на формальных данных о владельцах бумаг. В отношении лиц, действовавших недобросовестно, данное правило неприменимо, но с целью ограничения возможных негативных последствий для оборота предлагалось исходить из того, что по общему правилу последствия должны сводиться к возмещению убытков (п. 1.2.10 § 1 разд. I). Данный пример иллюстрирует приведенный выше тезис о возможности ограничения применимости восстановления прежнего положения с учетом законных интересов добросовестных третьих лиц.

В Концепции развития законодательства о юридических лицах предлагалось также ввести для случаев реорганизации с нарушением

закона возможность восстановления участником юридического лица утраченного корпоративного контроля (прежде всего для случаев полного или частичного лишения или утраты доли участия в реорганизованном юридическом лице), в частности обязать лиц, получивших выгоду от указанной ситуации, к возврату соответствующей (дополнительной) доли участия потерпевшему (п. 2.7 подразд. 4 разд. I). Данная задача решена путем дополнения Кодекса правилами о признании реорганизации несостоявшейся (ст. 60.2 ГК РФ).

### ***3.6. Примеры применения: восстановление прежнего положения при причинении вреда в отсутствие условий привлечения к деликтной ответственности***

Универсальный характер идеи восстановления прежнего положения проявляется также в ситуации причинения вреда имуществу, когда возникают сомнения в допустимости деликтного иска.

Так, согласно факту одного дела, в долевой собственности двух братьев находилось здание, которому в результате недобросовестных действий одного из них (изменение систем тепло-, водоснабжения и водоотведения, установка перегородок) был причинен вред. Другой участник долевой собственности, ссылаясь на правила о возмещении вреда, просил суд обязать причинителя восстановить прежние технические характеристики общего имущества путем ремонта внутренних помещений и элементов инженерного оборудования, устранения последствий проведенной ответчиком несанкционированной перепланировки. Таким образом, спор возник между участниками долевой собственности, обладающими в равной мере вещными правами на объект недвижимости, а обращение одного из них в суд было обусловлено распоряжением общим имуществом без его согласия. При разрешении данного дела было указано, что нет оснований рассматривать этот спор ни по нормам об обязательствах из причинения вреда (гл. 59 ГК РФ) (данный тезис представляется крайне спорным, но его подробный анализ выходит за рамки задач комментария к такому способу защиты, как восстановление прежнего положения), ни по правилам о нарушении договорных обязательств в отсутствие между сособственниками соглашения о порядке владения, пользования и распоряжения общим имуществом (ст. 247 ГК РФ). Вместе с тем даже в отсутствие в законе специальных норм, регулирующих отношения сособственников, правосудие призвано обеспечить должную защиту права одного участника общей собственности от противоправного поведения другого участника, имеющего такие же права на этот объект, и восстановить право собственности истца, нарушенное недобросовестным поведением другого участника общей собственности, который

распорядился имуществом без согласия первого. Учитывая характер нарушения права собственности истца путем незаконного распоряжения зданием ответчиком, приведшего к ухудшению качественных характеристик объекта, интерес истца в восстановлении строения в пригодное для осуществления предпринимательской деятельности состояние, по мнению ВАС РФ, должен быть учтен, а заявленное истцом требование следовало рассмотреть как иск о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 октября 2011 г. № 5910/11).

На этом примере также можно проиллюстрировать тезис о субсидиарном характере такого способа защиты, как восстановление прежнего положения. Суд, с одной стороны, столкнулся с очевидным нарушением права, а с другой – счел, что условия применения поименованного специального способа защиты (деликтного притязания) в данном случае отсутствуют. В подобной ситуации обращение к общему способу защиты – восстановлению *status quo ante* – стало решением, позволившим защитить нарушенное право потерпевшего.

Определенное сходство с приведенной фабулой есть у споров собственников помещений, расположенных в одном здании, по поводу его реконструкции в интересах одного из собственников. Сходство с указанным делом не в последнюю очередь обусловлено тем, что такие собственники помещений одновременно являются участниками общей собственности на общее имущество здания. В случае реконструкции одного из помещений, затрагивающей общее имущество, а следовательно, интересы собственника другого помещения, требуется его согласие. Реконструкция в отсутствие такого согласия нарушает права этого собственника, которые могут защищаться требованием о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, в частности путем устранения препятствий в свободном пользовании общими инженерными коммуникациями и общим имуществом упомянутого здания, обявывая демонтировать препятствия своими силами и средствами (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2012 г. № 5377/12).

### **3.7. Примеры применения: восстановление прав на земельные участки**

Потребность в обращении к общей идее восстановления прежнего положения возникает в ряде случаев и при защите прав на такие объекты, как земельные участки. Специфической особенностью их правового режима как объектов недвижимости служит тесная связь материального (вещественного) и идеального (правового) элементов: с одной стороны, они являются природными объектами, частью поверхности земли; с другой – формирование их границ осуществляется

посредством землеустройства. При образовании новых земельных участков путем деления прежнего единого земельного участка природный объект не исчезает – меняется лишь описание границ. Высшая судебная инстанция рассмотрела спор, вытекающий из того, что принадлежавший истцу земельный участок был незаконно разделен и при проведении землеустройства и постановке на кадастровый учет были образованы земельные участки ответчиков путем совершения незаконных действий с ранее сформированным земельным участком. Суды признали, что этот факт сам по себе не препятствует восстановлению участка в прежних границах (см. также п. 2 ст. 62 ЗК РФ) путем объединения двух незаконно сформированных земельных участков с присвоением соответствующего кадастрового номера. Ликвидация в земельном кадастре вновь образованных участков и восстановление записи о наличии прежнего участка с аннулированием записи о его ликвидации признаны восстановлением положения, существовавшего до нарушения права (постановления Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2008 г. № 16974/07, № 16975/07).

### ***3.8. Примеры применения: выселение незаконно вселившегося лица***

Рассматриваемый способ защиты права находит применение и в жилищной сфере. Так, если на вселение лица в жилое помещение не получено согласия нанимателя и (или) членов его семьи, а также согласия наймодателя, когда оно необходимо (ч. 1 ст. 70 ЖК РФ), такое вселение признается незаконным и не порождает у лица прав члена семьи нанимателя на жилое помещение. В этом случае наймодатель, наниматель и (или) член его семьи вправе предъявить к вселившемуся лицу требование об устранении нарушений их жилищных прав и восстановлении положения, существовавшего до их нарушения (п. 2 ч. 3 ст. 11 ЖК РФ), на которое, исходя из аналогии закона (ч. 1 ст. 7 ЖК РФ) применительно к правилам, предусмотренным ст. 208 ГК РФ, исковая давность не распространяется. При удовлетворении названного требования лицо, незаконно вселившееся в жилое помещение, подлежит выселению без предоставления другого жилого помещения (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 2 июля 2009 г. № 14, Определение СКГД ВС РФ от 11 августа 2015 г. № 18-КГ15-101).

## **4. Пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения**

### ***4.1. Понятие***

В рамках второго из двух способов защиты, указанных в абзаце третьем ст. 12 ГК РФ, в свою очередь, можно условно выделить два механизма: один заключается в пресечении (прекращении на будущее)



наличного длящегося нарушения, другой – в предупреждении нарушения путем остановки действий, которые еще не привели к нарушению права, но создают реальную угрозу (опасность, риск, вероятность) такого нарушения.

Возможность применения данного способа защиты указана также в абзаце втором п. 2 ст. 150 ГК РФ (применительно к защите нематериальных благ), в п. 6 ст. 393 ГК РФ (применительно к последствиям нарушения негативных обязательств), в ст. 1065 ГК РФ, в п. 1 ст. 1251 и подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ (применительно к защите интеллектуальных прав), в подп. 4 п. 2 ЗК РФ и п. 2 ч. 3 ст. 11 ЖК РФ.

От ответчика посредством подобных исков требуется перестать совершать какие-либо действия (в том числе перестать препятствовать истцу в совершении им каких-либо действий). В этом состоит основное отличие такого иска от требования о присуждении к исполнению обязанности в натуре. В случае с иском о пресечении при его удовлетворении суд адресует ответчику запрет на совершение тех или иных действий, в то время как при удовлетворении судом иска о понуждении к исполнению в натуре суд обязывает должника совершить те или иные активные действия.

Границу между этими требованиями можно проиллюстрировать на следующем примере. Так, нарушение права или создание угрозы такого нарушения часто состоят в ведении ответчиком деятельности с отступлением от установленных в позитивном праве или условиях сделки правил ее осуществления. В таком случае пресечение подобных нарушений будет заключаться в понуждении ответчика к прекращению неправомерной деятельности, но если ответчик просто прекратит всякую деятельность, это будет означать исполнение судебного решения. Поэтому если в цели истца входит не просто прекратить неправомерную деятельность ответчика, а понудить ответчика вести ее как-то иначе, то ему следует предъявлять иск о понуждении к исполнению обязанности.

Объективная сторона деяния, в отношении которого может быть заявлено требование о пресечении, для целей применения абзаца третьего ст. 12 ГК РФ, может характеризоваться с точки зрения комбинации таких признаков, как противоправность и вредоносность.

#### ***4.2. Пресечение действий, нарушающих право***

Такой способ защиты, как пресечение действий, нарушающих право истца (реактивный иск о пресечении)<sup>1</sup>, может применяться, когда ответчик допускает длящееся нарушение абсолютных или относи-

<sup>1</sup> Термин предложен А.Г. Карапетовым.

тельных прав истца в форме некоего активного длящегося поведения, и истец хочет остановить это поведение и тем самым прекратить длящееся нарушение своего права.

Этот способ защиты имеет общее значение для всего гражданского права и охватывает собой более частные способы. Так, например, требование обладателя вещного права об устранении всяких нарушений права, не соединенных с лишением владения (негаторный иск), в ряде случаев представляет собой иск о пресечении нарушающего право истца поведения ответчика (ст. 304 ГК РФ; см. также п. 45–49 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 и Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153). Удовлетворяя иск об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения, суд вправе как запретить ответчику совершать определенные действия, так и обязать его устранить последствия нарушения права истца (п. 47 Постановления от 29 апреля 2010 г. № 10/22, п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153). Негаторное требование, состоящее в запрете совершать определенные действия, следует считать частным случаем требования о пресечении действий, нарушающих право. В то же время негаторное притязание, направленное на устранение последствий нарушения права истца, правильнее рассматривать как разновидность требования о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права.

Нарушено может быть как абсолютное право (например, неимущественное право в отношении соответствующего нематериального блага на неприкосновенность частной жизни, нарушаемое незаконным сбором или хранением тех или иных персональных данных истца), так и относительное право (например, право франчайзи в рамках договора франчайзинга требовать от правообладателя воздержания от конкуренции с ним на той или иной территории).

Нарушение права истца может быть следствием нарушения ответчиком явно сформулированной нормы права, определяющей стандарт поведения ответчика (например, правил ведения строительства, сброса вредных отходов и т.п.), или состоять в злоупотреблении правом (например, эксплуатация ответчиком возведенного на своем земельном участке с соблюдением норм и правил сооружения, препятствующая собственнику соседнего участка в осуществлении правомочия пользования).

Изложенное свидетельствует о существенном сходстве объективной стороны предпосылок пресечения действий, нарушающих право, с объективной стороной предпосылок деликтного притязания (ст. 1064 ГК РФ).

Вместе с тем у этих требований разная направленность: деликтное притязание служит инструментом восстановления положения, существовавшего до нарушения права (путем заглаживания вреда в натуре или возмещения убытков, ст. 1082 ГК РФ), тогда как требование о пресечении имеет целью устранение на будущее вредоносного фактора, предотвращение дальнейшего причинения им ущерба.

Кроме того, применение данного способа защиты не считается привлечением к ответственности и не требует наличия всех условий для привлечения к ответственности. Российское законодательство придерживается того подхода, что отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя таких мер, как пресечение действий, нарушающих исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации либо создающих угрозу нарушения такого права (п. 5 ст. 1250 ГК РФ). Такая же логика прослеживается при разрешении вопроса о защите личных неимущественных прав путем удаления с сайта сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, которые вступившим в законную силу судебным решением признаны не соответствующими действительности. Обязанность удалить такие сведения (и тем самым пресечь действия, нарушающие право либо создающие угрозу нарушения права) возлагается на владельца сайта, несмотря на то что закон не предполагает привлечения его к *ответственности* за сам факт размещения сведений, распространенных третьими лицами, достоверность которых владелец сайта не имеет возможности самостоятельно проверить (п. 1 и 2 резолютивной части Постановления КС РФ от 9 июля 2013 г. № 18-П). Надо полагать, этому решению следует придавать общее значение, т.е. применять к защите любых прав, а не только интеллектуальных или личных неимущественных, тем более что подобного основания (отсутствие вины) ограничения применимости комментируемого способа закон не содержит, а само применение таких мер нельзя считать привлечением нарушителя к ответственности.

В данном случае речь идет о наличном длящемся нарушении. Поэтому потребность в выработке критериев допустимости судебной защиты путем его пресечения в подавляющем большинстве случаев отсутствует, поскольку обеспечение потерпевшим доступа к правосудию является конституционной обязанностью государства (ст. 52 Конституции РФ).

#### **4.3. Пресечение действий, создающих угрозу нарушения права**

Во втором случае рассматриваемый способ используется с целью исключить возникшую угрозу, пока она не реализовалась и не приве-

ла к нарушению прав, поэтому при заявлении подобного требования уместнее, скорее, говорить о защите охраняемого законом интереса.

В качестве частного случая данного способа защиты следует рассматривать требование о запрещении деятельности, создающей опасность причинения вреда в будущем (иск о воспреещении (прогибиторный иск) (ст. 1065 ГК РФ)).

Такой способ защиты права, как пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, имеет превентивный характер: он направлен на исключение угрозы материальному праву истца и предупреждение вредных последствий таких действий (Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2019 г. № 306-ЭС18-20653). Поэтому уместно такой иск обозначать как превентивный иск о пресечении<sup>1</sup>.

Когда участник гражданского оборота сталкивается с действиями другого участника, которые создают риск (опасность) нарушения права в будущем, наличного нарушения еще нет, и произойдет ли оно — достоверно неизвестно.

С одной стороны, доктрина и практика еще в XIX в., а вслед за ними и законодательство большого количества правопорядков пришли к осознанию необходимости активизировать защитный потенциал государства на этапе, когда право истца еще не нарушено, но есть явный риск нарушения, которое возможно предотвратить путем прекращения определенной деятельности, если ее продолжение угрожает причинением ущерба.

Хотя возможность обращения в суд с иском о запрещении действий, угрожающих нарушением права, предусматривалась еще практикой Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената (см. Определение от 18 марта 1881 г. № 84), на уровне закона такой иск отнесен к числу способов защиты права лишь в законах об интеллектуальных правах начала 1990-х гг., а в качестве общего способа защиты — только в ГК РФ 1994 г., тогда как пресечение действий, нарушающих право, упоминалось в этом качестве еще в ГК РСФСР 1964 г. (абзац третий части первой ст. 6).

Распространенность превентивного иска о пресечении дала основания для его включения в Модельные правила европейского частного права. Они предусматривают, что лицу, в отношении которого имеется угроза причинения юридически значимого вреда, предоставляется право на его предотвращение. Данное право направлено против того лица, которое отвечало бы за его причинение (ст. VI.—1:102 Модельных правил европейского частного права). При этом право на предотвра-

<sup>1</sup> Термин предложен А.Г. Карапетовым

шение вреда существует лишь постольку, поскольку, во-первых, возмещение убытков было бы неадекватным альтернативным средством защиты, и, во-вторых, разумно ожидать, что лицо, которое понесет ответственность за причинение вреда, предотвратит его возникновение (п. 1 ст. VI.—6:301 Модельных правил европейского частного права).

С другой стороны, при рассмотрении требования о пресечении действий, создающих угрозу нарушения права, суду необходимо принимать во внимание значительно большее количество факторов, чем при разрешении дела по иску о пресечении действий, уже нарушающих право.

Если истец обращается за превентивной защитой, суд имеет дело с ситуацией, когда ответчик еще не допустил посягательства или иного вмешательства в правовую сферу истца, а истец, напротив, предвосхищая такое вторжение, сам претендует на вмешательство в частные дела ответчика.

Поэтому суду необходимо обеспечить баланс интересов обеих сторон, тщательно взвесив целый ряд характеристик спорной совокупности обстоятельств. К числу таких подлежащих оценке факторов относятся: а) существо блага, в защиту которого направлено требование истца и которое оказывается под угрозой ввиду действий ответчика; б) степень вероятности причинения вреда этому благу при продолжении спорной деятельности; в) неправомерность или правомерность поведения ответчика, которое пока еще не привело к нарушению права истца, но создает угрозу такого нарушения; г) социально-экономическая значимость деятельности ответчика и возможные последствия ее приостановления или прекращения; д) возможность возмещения вреда (применительно к имущественным благам) в случае реализации угрозы, включая имущественное положение истца и ответчика, а также возможные сложности в доказывании убытков. Одни из указанных факторов могут свидетельствовать в пользу удовлетворения иска, другие — наоборот. От суда требуется учесть все эти факторы и найти наиболее сбалансированное решение.

Сложность при разрешении споров, возникающих при заявлении истцом требования о пресечении действий, создающих угрозу нарушения прав (когда они правомерны), заключается в необходимости уравновесить равным образом защищаемые ценности: на одной чаше весов оказываются права и интересы истца на ограждение его частноправовой сферы от риска вмешательства и причинения вреда, на другой — конституционные права ответчика, в частности на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности,

на свободное распоряжение своими способностями к труду, выбор рода деятельности (ч. 1 ст. 34 и ч. 1 ст. 37 Конституции РФ).

Нередко суду приходится сталкиваться и с еще более сложными дилеммами, когда необходимо найти должный баланс между ценностями охраны окружающей среды и необходимостью поддержания определенной хозяйственной деятельности из соображений социально-экономической стабильности.

Опасность не должна быть умозрительной и эфемерной – она должна быть реальной. Это означает, что опасность (риск) как вероятностная категория требует оценки на основании исследования существа и релевантных характеристик спорной деятельности, а также объективных закономерностей процессов, протекающих в ходе ее осуществления, обуславливающих типичные причинно-следственные связи, притом в ряде случаев в рамках весьма сложных процессов, под воздействием которых течение этих процессов может оказать воздействие на блага истца.

Вместе с тем нужно понимать, что речь идет о прогнозе на будущее, а не об уже наступивших обстоятельствах. Поэтому суждение об угрозе, опасности, риске всегда будет вероятностным. И на основе оценки такой вероятности нарушения права истца (т.е. причинения вреда принадлежащему ему благу) суду с учетом иных упомянутых выше факторов следует принять решение.

Коль скоро вред жизни и в большом количестве случаев здоровью невосполним, даже минимально обоснованная угроза этим благам должна быть крайне серьезным доводом в пользу удовлетворения требований истца о пресечении потенциально вредоносной деятельности ответчика. В то же время, если требования мотивированы угрозой нарушения имущественных прав, само наличие угрозы требует более существенного обоснования, чем в случае с угрозой жизни и здоровью.

#### ***4.4. Процессуальный аспект***

Требование о воспреещении относится к числу требований о при-суждении: истец требует не только признания обязанности ответчика воздержаться от совершения действий, нарушающих право или создающих угрозу нарушения, но и понуждения ответчика к исполнению этой негативной обязанности под угрозой применения принудительных мер исполнительного производства.

Таким образом, всеобщий запрет, состоящий в противоправности причинения ущерба другим участникам оборота, преобразуется в индивидуальный запрет, адресованный определенному лицу применительно к определенной деятельности, снабженный публично-правовой санкцией.

Судебный акт о возложении обязанности по воздержанию от совершения определенных действий подлежит принудительному исполнению в порядке, предусмотренном законодательством об исполнительном производстве (ч. 1 ст. 1, ст. 105 Закона об исполнительном производстве).

На случай уклонения должника (как стороны исполнительного производства) от исполнения негативной обязанности, возложенной вступившим в законную силу судебным решением, законодательство устанавливает такие санкции, как взыскание исполнительского сбора (ст. 112 Закона об исполнительном производстве), наложение административного штрафа (ч. 1 ст. 17.14 КоАП РФ), а при злостном уклонении от исполнения судебного решения — уголовная ответственность (ч. 1 ст. 315 УК РФ).

Кроме того, в целях побуждения должника к своевременному исполнению обязательства, в том числе предполагающего воздержание должника от совершения определенных действий, на основании п. 1 ст. 308.3 ГК РФ, ч. 3 ст. 206 ГПК РФ и ч. 4 ст. 174 АПК РФ судом могут быть присуждены денежные средства на случай неисполнения соответствующего судебного акта в пользу кредитора-взыскателя (судебная неустойка) (абзац первый п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Данный способ защиты имеет широкое применение в целях защиты как частных прав (абсолютных и относительных) и интересов, так и публичных интересов.

#### **4.5. Примеры использования: защита частных прав и интересов**

##### ***(а) Вещные права***

Например, иск о пресечении может быть направлен на запрет строительства. Этот иск может быть удовлетворен в ситуации, когда застройщик нарушает правил ведения строительства, и истец представляет доказательства того, что в результате строительства будет повреждено его имущество или будет нарушено иное его право. Для констатации нарушения права истца нет необходимости дожидаться наступления соответствующего события (в данном случае — разрушения строения) — достаточно доказательств наличия угрозы нарушения права. Право собственности лица может нарушаться и тогда, когда другое лицо осуществляет деятельность на своем земельном участке, но тем самым создает реальную угрозу разрушения имущества, расположенного на соседнем земельном участке (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153). Дело разрешено со ссылкой на ст. 304 ГК РФ, однако видно, что по существу суды исходили из возможности пресечения действий, создающих уг-

розу нарушения права, зафиксированной в абзаце третьем ст. 12 и п. 1 ст. 1065 ГК РФ.

Похожую логику можно обнаружить при разрешении дела по требованиям к собственникам земельного участка (ответчикам) не чинить истцу препятствий в пользовании принадлежащим ему на праве собственности соседним участком, демонтировать навес и забор, спилить деревья, демонтировать пасеку. Из материалов дела следовало, что деятельность ответчиков по большей части не противоречила требованиям законодательства, нарушения можно было исправить путем приведения используемого ответчиками имущества в соответствие с нормами и правилами. Между тем у истца оказалась аллергическая реакция на укусы пчел, представляющая угрозу для его здоровья. Разрешая данный спор (на основании ст. 304 ГК РФ), высшая судебная инстанция указала, что формальное соблюдение ответчиками ветеринарно-санитарных правил содержания ульев с пчелосемьями само по себе не является безусловным основанием для отказа в иске при наличии угрозы для здоровья истца, создаваемой содержанием ответчиками пасеки, поскольку у истца имеется аллергическая реакция на пчелиный яд, а размещение пасеки на соседнем участке создает угрозу для его здоровья и препятствует в полной мере и безопасно пользоваться принадлежащим ему домом и участком (Определение СКГД ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 37-КГ19-4).

В другом деле ответчик, являясь собственником подвальных помещений в жилом многоквартирном доме, вел в подвале строительные работы, производил заглубление и вывоз песка, который согласно проекту являлся намывным грунтом при строительстве этого дома. При вывозе грунта оголялись фундаментные блоки, сваи и ростверки, что создавало угрозу жизни жителей дома или посетителей магазина. Земляные работы по углублению технического подполья под магазином влияли на техническое состояние элементов несущих конструкций здания в целом, угрожали жизни и здоровью граждан. Ссылаясь на указанные обстоятельства, собственники других помещений в этом доме обратились в суд с иском к собственнику подвала об обязанности прекратить проведение работ по выемке грунта в подвальном помещении, расположенном под помещениями пристройки данного дома. Истцы также просили обязать ответчика привести техническое состояние нежилых подвальных помещений в соответствие со строительными нормами и правилами. Высшая судебная инстанция признала заслуживающими внимания доводы истцов на основании ст. 304 и 1065 ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 15 января 2013 г. № 51-КГ12-3; п. 4



Обзора судебной практики ВС РФ за IV квартал 2012 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 10 апреля 2013 г.).

Возможность применения превентивных мер признается не только в период строительства, но и при выявлении опасных свойств ранее построенного объекта. Когда самовольно возведенный объект, не являющийся новым объектом или недвижимым имуществом, создает угрозу жизни и здоровью граждан, заинтересованные лица вправе на основании п. 1 ст. 1065 ГК РФ обратиться в суд с иском о запрещении деятельности по эксплуатации данного объекта (абзац третий п. 29 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Данное правовоположение применяется также в ситуации, когда опасные сооружения в силу невозможности признания недвижимым имуществом не могут рассматриваться как самовольные постройки, что исключает применение норм о них. Высшая судебная инстанция подчеркивает, что отнесение того или иного объекта к недвижимому или движимому имуществу обуславливает и способ защиты права (Определение СКГД ВС РФ от 19 июля 2016 г. № 18-КГ16-61; п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 20 декабря 2016 г.).

При этом вероятностный характер наступления тех или иных последствий не может служить основанием к отказу в защите прав и законных интересов истца, нарушенных в результате действий ответчика по строительству объекта недвижимости. Именно опасность (т.е. риск, вероятность) причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность (ст. 1065 ГК РФ). Если установлено наличие опасности возведенного строения, его несоответствие требованиям строительных норм и правил, что влечет возможность причинения вреда жизни и здоровью граждан, устранение угрозы причинения вреда возможно только способом сноса возведенной постройки (Определение СКГД ВС РФ от 3 декабря 2013 г. № 15-КГ13-4).

Высшая судебная инстанция со ссылкой на ст. 1065 ГК РФ признала обоснованным требование прокурора о запрете строительства без получения необходимого разрешения и в нарушение требования об ограничении хозяйственной деятельности в 200-метровой охранной зоне метеорологической станции ввиду значительного влияния возведения строений вблизи метеорологических станций на точность наблюдений, что ведет к недостоверности сведений, получаемых метеостанциями о состоянии окружающей среды и создает опасность причинения вреда в будущем для жизни и здоровья граждан вследствие

получения недостоверных сведений об экологической и метеорологической обстановке (Определение СКГД ВС РФ от 2 апреля 2013 г. № 18-КГПР13-11).

Возможность использования превентивных механизмов и порядок распределения бремени доказывания отражены в акте, вынесенном при рассмотрении еще одного спора, связанного со строительством. Ответчик строил дорогу, проходившую рядом с земельными участками истцов, без лицензии, проектно-разрешительной документации, с нарушением строительных и градостроительных норм и правил, в результате чего нарушались права истцов на санитарно-эпидемиологическое благополучие, не обеспечивалась безопасность дорожного движения, они были лишены возможности полноценно пользоваться своими земельными участками. Ссылаясь на указанные обстоятельства, истцы обратились в суд и просили запретить строительство дороги, а также возложить на ответчика обязанность привести земельный участок в прежнее состояние. Отменяя акты нижестоящих судов, высшая судебная инстанция со ссылкой на ст. 12, 304 и 1065 ГК РФ указала на допустимость использования в данной ситуации предусмотренных указанными нормами способов защиты права. При этом она обратила внимание, что по делам данной категории следует устанавливать, была ли на земельном участке, на котором ответчиком осуществлялись работы, автомобильная дорога, и если была, то к какому типу она относилась и кому принадлежала; какой вид работ осуществляется ответчиком (характер выполняемых ответчиком работ и отнесение этих работ к какому-либо виду дорожной деятельности (обустройство дороги или ее строительство, ремонт, содержание, реконструкция), установление чего необходимо для выяснения правомерности действий ответчика); требуется ли для проведения соответствующего вида работ проектная документация; соответствуют ли произведенные ответчиком работы требованиям, предъявляемым к ним проектной документацией, а также строительными нормами и правилами; оказывают ли указанные работы неблагоприятное воздействие на среду обитания истцов. Если ответчик производил капитальный ремонт или строительство автодороги, то именно на него следует возложить бремя доказывания соответствия работ проектной документации, в частности отсутствие вредного воздействия строительства на среду обитания истцов. Ненадлежащее установление вида произведенных ответчиком работ привело к неправильному распределению бремени доказывания и возложению на истцов обязанности доказать наличие вредного воздействия строительства на их среду обитания (Определение СКГД ВС РФ от 5 июля 2016 г. № 37-КГ16-5).

Вместе с тем при разрешении дел в сфере строительства, в том числе по требованиям о запрете эксплуатации строений, следует проверять наличие или отсутствие опасности причинения вреда как условия удовлетворения подобных исков на основе всесторонней оценки доказательств, а не ограничиваться констатацией нарушения ответчиком формализованных процедур. Так, высшая судебная инстанция отменила вынесенные по требованию прокурора акты нижестоящих судов о запрете эксплуатации здания многофункционального назначения до получения разрешения на ввод объекта в эксплуатацию и до устранения нарушений требований законодательства о пожарной безопасности. В обоснование отмены было указано, что отсутствие разрешения на ввод объекта в эксплуатацию само по себе не является самостоятельным основанием для приостановления или запрета эксплуатации здания до его получения, так как в соответствии со ст. 1065 ГК РФ, на положениях которой прокурор основывал свои требования, таким основанием должно явиться выявление опасности причинения вреда в будущем. При проверке ее наличия следует принимать во внимание, исследовать и оценивать доказательства устранения угрозы жизни и здоровью граждан, представляемые ответчиком (Определение СКГД ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 83-КГ18-18).

Другой пример: высшая судебная инстанция усмотрела возможность применения такого способа защиты права, как пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, при следующих обстоятельствах. В четырехквартирном доме проживают истец (собственник одной из квартир) и ответчики (собственники еще одной квартиры). Окна и входы во внутренние помещения расположены по боковым фасадам здания, внутри дом разделен глухими перегородками, за счет чего образованы четыре квартиры. С одного из фасадов дома ответчики самовольно возвели пристройку. Принадлежащая ответчикам часть дома имеет двускатную кровлю, покрытую оцинкованными металлическими листами и не оборудованную системами снегозадержания, ее наклон ориентирован на пешеходную дорожку, ведущую от входной калитки во двор дома до входа в квартиру истца. Отсутствие снегозадержателей приводит к лавинообразному сходу снега и льда, скапливающихся из-за осадков на крыше, с крыши дома на пешеходную дорожку (ведущую к входу принадлежащей истцу квартиры), создавая опасность для проходящих по дорожке людей и препятствуя проходу. Двор дома ответчики засыпали строительным мусором, в результате чего перед калиткой образовался перепад высот тротуара и двора, чем создана опасность получения травм, а также определенные трудности и неудобства для истца, имеющего преклонный возраст. Истец обра-

тился в суд с иском к ответчикам о возложении на них обязанности установить снегозадержатели на скате крыши и устранить перепад высот тротуара и двора, для чего убрать весь строительный мусор. Разрешая данное дело и признавая отказ в иске незаконным, высшая судебная инстанция указала, что лицо, чьи права и законные интересы нарушены строительством и (или) эксплуатацией самовольной постройки или создана угроза их нарушения, вправе требовать от лиц, допустивших такое нарушение, пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (Определение СКГД ВС РФ от 20 ноября 2018 г. № 86-КГ18-11; п. 1 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 17 июля 2019 г.).

Из приведенной фабулы видно, что практика со ссылкой на абзац третий ст. 12 ГК РФ признает возможным обязывать нарушителей к позитивным действиям. Вместе с тем данное требование, скорее, соответствует такому способу защиты права, как присуждение к исполнению обязанности в натуре (абзац восьмой ст. 12 ГК РФ). Одновременно суд признает существование правоотношения, содержание которого образуют обязанность ответчика совершить действия, необходимые для устранения угрозы правам и интересам истца (в том числе ввиду нарушения ответчиками права собственности истца, не связанного с нарушением владения), и корреспондирующее данной обязанности право истца требовать совершения указанных действий.

Подобный подход можно усмотреть еще в одном деле: во владении коммерческой организации на основании договора аренды с собственником — индивидуальным предпринимателем находится объект дорожного сервиса — кафе; на примыкании к автомобильной дороге отсутствуют переходно-скоростные полосы, что является нарушением, угрожающим причинением вреда жизни и здоровью, а также имуществу неопределенного круга лиц. Со ссылкой на эти обстоятельства прокурор обратился в суд с иском к индивидуальному предпринимателю, в котором требовал возложить на него обязанность осуществить строительство переходно-скоростных полос на подъездах и съездах к кафе в соответствии с требованиями строительных норм и правил. Высшая судебная инстанция указала, что прокурор правомерно счел наиболее целесообразным и эффективным такой способ защиты, как обязанность совершить определенные действия *с целью пресечения действий, нарушающих право* граждан на безопасные условия движения по дорогам. При этом она квалифицировала данное требование как иск об обязанности лица, уклоняющегося от совершения действий, совершить данные действия (Определение СКГД ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 45-КГПР15-10).

Из двух приведенных и ряда иных дел видно, что высшая судебная инстанция не вполне четко отграничивает и квалифицирует такие способы защиты, как пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (абзац третий ст. 12 ГК РФ), и присуждение к исполнению обязанности в натуре (абзац восьмой ст. 12 ГК РФ). В упомянутых судебных актах пресечение нарушения является, скорее, мотивом, тогда как способом защиты выступает именно присуждение к исполнению обязанности.

Еще одно дело, где высшая судебная инстанция усмотрела основания для применения абзаца третьего ст. 12 ГК РФ, содержало следующую фактуру. Истцы были собственниками квартир, расположенных в многоквартирном доме. На первом этаже указанного дома было расположено нежилое помещение, находящееся в общей долевой собственности ответчиков; оно было передано в аренду коммерческой организации, которая использовала его для размещения магазина вино-водочных изделий. Помещение использовалось не по его целевому назначению, поскольку перевод этого помещения в нежилое осуществлялся не для размещения магазина, а под салон красоты. В целях эксплуатации магазина арендатор незаконно использовал земельный участок, относящийся к общему имуществу многоквартирного дома, а также разместил на фасаде дома рекламную конструкцию. Ссылаясь на указанные обстоятельства, истцы обратились в суд с иском к собственникам и арендатору нежилого помещения о запрете эксплуатации нежилого помещения не по целевому назначению и о возложении обязанности демонтировать вывеску с фасада. Подтверждая решения нижестоящих судов об удовлетворении иска, высшая судебная инстанция подчеркнула, что использование помещения по иному назначению в качестве магазина затрагивает права истцов как собственников жилых помещений и как собственников общего имущества многоквартирного дома, а также сопряжено с использованием этого имущества, поэтому истцы в соответствии с абзацем третьим ст. 12 и ст. 304 ГК РФ вправе требовать устранения нарушения их прав. Рекламная вывеска с фасада многоквартирного дома расположена на несущих конструкциях дома, являющихся общим имуществом собственников многоквартирного дома, — ее размещение должно быть согласовано с собственниками дома, однако такого согласия материалы дела не содержат, следовательно, обоснованны и требования о демонтаже рекламной вывески (Определение СКГД ВС РФ от 28 августа 2018 г. № 83-КГ18-13).

В качестве пресечения действий, нарушающих право, расценено также требование собственника строения, расположенного на земельном участке, к собственнику участка обязать не препятствовать истцу

и уполномоченным им лицам в доступе к строению (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 апреля 2008 г. № 17616/07).

*(б) Обязательственные права*

Похожее требование, но в плоскости обязательственных отношений также было предметом рассмотрения высшей судебной инстанции. В ситуации, когда арендатор столкнулся с воспрепятствованием в доступе к арендованному имуществу (путем запрета пропускать работников арендатора на территорию, где находится объект аренды), он предъявил требование о пресечении действий, нарушающих право пользования таким имуществом. Высшая судебная инстанция признала необходимость рассмотрения дела по требованию с указанным предметом по изложенным основаниям (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 ноября 1996 г. № 3746/96). Это решение следует признать правильным, поскольку право требовать устранения всяких нарушений права, в том числе не связанных с лишением владения (ст. 304 ГК РФ), признается также за лицами, владеющими имуществом (включая право на защиту владения также против собственника) по основанию, предусмотренному законом или договором (ст. 305 ГК РФ), к числу которых относится и договор аренды (ст. 606 ГК РФ).

В качестве требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, расценено требование абонента (потребителя) о признании незаконными действий энергоснабжающей организации (поставщика), выразившихся в уведомлении абонента о предстоящем ограничении режима потребления электроэнергии. ВС РФ подчеркнул, что выбранный истцом способ защиты является надлежащим, направлен на устранение угрозы правам истца и предупреждение вредных последствий таких действий, а обоснованность уведомления ответчиком истца входит в предмет исследования и оценки судов по заявленному истцом требованию и служит внесению определенности в отношения сторон. При этом право абонента на оспаривание действий поставщика по основаниям, предусмотренным антимонопольным законодательством, не исключает выбранного им способа защиты (Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2019 г. № 306-ЭС18-20653).

Требование о пресечении определенного действия в силу прямого указания закона может быть предъявлено в случае нарушения должником обязательства по воздержанию от совершения определенного действия (негативное обязательство), если это не противоречит существу обязательства, а также в случае возникновения реальной угрозы нарушения такого обязательства (п. 6 ст. 393 ГК РФ). Если в предмет обязательства входит воздержание от совершения определенных дейст-

вий (например, не конкурировать, не разглашать конфиденциальную информацию и т.п.), и должник начинает вести себя вопреки такому негативному обязательству, кредитор может обратиться за подобным судебным запретом.

В доктрине высказывается мнение о том, что подобный иск может быть подан и тогда, когда должник формально нарушает позитивное обязательство (или возникает реальная угроза его нарушения) путем совершения действий, недопустимость которых следует из содержания позитивного обязательства. В частности, приводится пример, когда продавец, обещавший некую вещь покупателю, начинает предпринимать действия по ее продаже третьему лицу: в такой ситуации формально нет нарушения негативного обязательства, но такая обязанность воздержаться от отчуждения обещанной покупателю вещи третьему лицу следует из обязательства продавца. Соответственно, покупатель может воспользоваться иском о пресечении<sup>1</sup>.

*(в) Личные неимущественные права*

В случаях, если того требуют интересы гражданина, принадлежащие ему нематериальные блага могут быть защищены, в частности, путем пресечения или запрещения действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения личного неимущественного права либо посягающих или создающих угрозу посягательства на нематериальное благо (абзац второй п. 2 ст. 150 ГК РФ).

Частными случаями пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, признаются также:

— удаление изображения гражданина, полученного или используемого с нарушением установленных правил, а также пресечение или запрещение дальнейшего его распространения (п. 3 ст. 152.1 ГК РФ);

— удаление информации о частной жизни гражданина, полученной с нарушением закона, а также пресечение или запрещение дальнейшего ее распространения путем изъятия и уничтожения без компенсации изготовленных в целях введения в гражданский оборот экземпляров материальных носителей, содержащих соответствующую информацию (п. 4 ст. 152.2 ГК РФ);

— удаление сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, а также пресечение или запрещение дальнейшего распространения указанных сведений путем изъятия и уничтожения без компенсации изготовленных в целях введения в гражданский

---

<sup>1</sup> Более подробный анализ последствий нарушения обязательства с отрицательным содержанием см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 647–648 (автор комментария к ст. 393 – В.В. Байбак).

оборот экземпляров материальных носителей, содержащих указанные сведения (п. 4 ст. 152 ГК РФ);

– удаление сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина и оказавшихся после их распространения доступными в сети «Интернет» (п. 5 ст. 152 ГК РФ).

Владелец сайта в сети «Интернет», не зарегистрированного в качестве средства массовой информации, или уполномоченное им лицо, которое ответственно за размещение информации на этом сайте, обязаны удалить по требованию гражданина информацию, содержащую сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, которые вступившим в законную силу судебным решением признаны не соответствующими действительности (п. 4 мотивировочной части Постановления КС РФ от 9 июля 2013 г. № 18-П).

Данная правовая позиция подлежит также применению при защите деловой репутации юридических лиц (Определение СКЭС ВС РФ от 28 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19225).

*(г) Интеллектуальные права*

В случае нарушения исключительного права правообладатель вправе осуществлять защиту нарушенного права любым из способов, перечисленных в ст. 12 и п. 1 ст. 1252 ГК РФ, в том числе путем предъявления требования о пресечении действий, нарушающих исключительное право, в частности о запрете конкретному исполнителю исполнять те или иные произведения. Требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, в силу подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ может быть предъявлено не только к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, но и к иным лицам, которые могут пресечь такие действия (абзацы первый и второй п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

В доктрине отмечается, что дополнение в части лиц, способных пресечь подобные действия, важно, поскольку позволит применять рассматриваемый способ защиты в отношении действий, нарушающих исключительное право, в информационно-телекоммуникационных сетях. Обоснованность этой точки зрения может быть подтверждена экстраполяцией вышеприведенной позиции КС РФ.

Правообладатель произведения (истец), указывая на издание ответчиком идентичного произведения и его распространение, может предъявить требование об обязанности ответчика прекратить его использование. Такой иск квалифицируется как требование о пресечении действий, нарушающих право (Определение СКЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 308-ЭС18-10982).



Таким же образом квалифицируется требование правообладателя товарного знака о запрещении осуществлять дальнейшее производство, издание и распространение продукции с незаконным использованием обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком истца (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 июля 2005 г. № 3578/05).

Требование о пресечении действий, нарушающих право на товарный знак и выражающихся в незаконном использовании доменного имени, может быть предъявлено к администратору соответствующего доменного имени (абзац первый п. 159 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Так, в числе способов защиты прав на товарный знак, направленных на пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, может использоваться запрет другим лицам использовать товарный знак, в том числе в доменном имени (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2011 г. № 18012/10). Даже если исковые требования сформулированы некорректно (обязать отменить регистрацию доменного имени за ответчиком, предоставить преимущественное право регистрации названного доменного имени истцу как правообладателю соответствующего товарного знака), но администрирование домена признано нарушением прав истца на товарный знак и оценено как акт недобросовестной конкуренции, то с учетом доводов истца, приведенных в обоснование его требований, исходя из целей обращения в суд с заявленными требованиями (прекращение права администрирования ответчиком спорного доменного имени и передача этого права истцу) и из существа искового требования в том смысле, который выявлен при рассмотрении дела (пресечение действий, нарушающих право, запрет ответчику использовать спорное доменное имя), суду следует рассмотреть вопрос о запрете администратору использовать соответствующий домен (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 июня 2013 г. № 445/13).

Право некоммерческой организации на наименование в случае его нарушения или возникновения угрозы такого нарушения может быть защищено в судебном порядке, в том числе посредством пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Наличие уникального наименования является неимущественным гражданским правом некоммерческой организации. Некоммерческая организация, наименование которой зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования. Закон не предусматривает специальные способы защиты права некоммерческой организации на наименование. Между тем в соответствии с абзацем третьим ст. 12 ГК РФ защита гражданских прав осуществля-

ется в том числе путем пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Следовательно, неимущественное гражданское право некоммерческой организации на наименование в случае его нарушения либо возникновения угрозы такого нарушения может быть защищено посредством пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (Определение СКГД ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 53-КГ17-12; п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 28 марта 2018 г.).

Позиции, сформулированные при разрешении данного дела, хорошо демонстрируют, что способы защиты права, указанные в ст. 12 ГК РФ, имеют общее значение и могут применяться даже в отсутствие в нормах, регулирующих те или иные отношения, указаний на возможность использования специальных способов защиты.

Требования о пресечении действий, нарушающих исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации или создающих угрозу его нарушения (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ), не относятся к имущественным взысканиям по смыслу абзаца четвертого п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве, поэтому исполнительное производство по указанным требованиям не приостанавливается, несмотря на введение наблюдения в отношении должника по исполнительному производству (абзац второй п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 59). Кроме того, правило о недопустимости наложения новых арестов на имущество должника и иных ограничений распоряжения имуществом должника после признания должника банкротом и открытия конкурсного производства (абзац девятый п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве) не исключает возможности наложения арестов и иных ограничений в связи с требованиями о пресечении действий, нарушающих исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации или создающих угрозу его нарушения (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Для наложения ареста в отношении перечисленных требований судебный пристав-исполнитель обращается с соответствующим ходатайством в суд, рассматривающий дело о банкротстве. Данное ходатайство рассматривается с применением аналогии процессуального закона, содержащегося в ст. 60 Закона о банкротстве (абзац третий п. 11, абзац второй п. 14 указанного Постановления).

#### *(д) Банкротство*

В качестве меры защиты прав и интересов лиц, участвующих в деле о банкротстве (в первую очередь кредиторов, имеющих к должнику

обязательственные требования), путем пресечения действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения прав, рассматривается в практике отстранение конкурсного управляющего (ст. 20.4 Закона о банкротстве). Когда установлены факты существенных нарушений, допущенных управляющим в деле о банкротстве, удовлетворение ходатайства об отстранении управляющего направлено на устранение реальной угрозы нарушения прав лиц, участвующих в деле, тогда как отказ сохранял бы эту угрозу.

Отстранение конкурсного управляющего представляет собой меру, направленную на пресечение на будущее действий его действий, нарушающих права кредиторов и должника или создающих угрозу их нарушения. Применение данной меры признается обоснованным, так как правомерный интерес кредиторов состоит в том, чтобы не допустить в будущем действий (бездействия) конкурсного управляющего, угрожающих, в частности, целостности конкурсной массы (п. 13 и 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 мая 2012 г. № 150)).

#### ***4.6. Примеры использования: защита публичных интересов***

Приведенные ниже примеры из законодательства и практики показывают, что для защиты публичных интересов уполномоченные государственные и муниципальные органы нередко прибегают к гражданско-правовым механизмам, включая требования о пресечении нарушений или потенциально вредоносной деятельности (абзац третий ст. 12, ст. 1065 ГК РФ).

При этом, помимо публичных органов, в ряде случаев правом на обращение в суд в защиту прав и интересов неопределенного круга лица наделяются общественные организации (охрана окружающей среды, защита прав потребителей).

##### ***(а) Охрана окружающей среды***

Хозяйственная деятельность, осуществляемая с нарушением требований в области охраны окружающей среды (гл. VII Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»), может быть ограничена, приостановлена или прекращена (ст. 56 названного Закона). На основании судебного решения возможно прекращение в полном объеме размещения, проектирования, строительства, реконструкции, ввода в эксплуатацию, эксплуатации, консервации и ликвидации зданий, строений, сооружений и иных объектов при нарушении требований в области охраны окружающей среды (п. 3 ст. 34, ст. 80 названного Закона).

Аналогичные правила о возможности прекращения деятельности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, осуществ-

ляемой с нарушением законодательства об обращении с отходами, предусмотрены специальным законом (ст. 29 Федерального закона 24 июня 1998 г. № 89-ФЗ «Об отходах производства и потребления»).

Подать в органы государственной власти, органы местного самоуправления, суд обращения об ограничении, о приостановлении и прекращении хозяйственной и иной деятельности, оказывающей негативное воздействие на окружающую среду, имеют право также общественные объединения и некоммерческие организации (абзац двенадцатый п. 1 ст. 12 Федерального закона «Об охране окружающей среды»).

Опасность причинения вреда окружающей среде в будущем, в том числе в связи с эксплуатацией предприятия, сооружения или иной деятельностью, может являться основанием для запрещения деятельности, создающей такую опасность (п. 1 ст. 1065 ГК РФ).

Истец должен доказать, во-первых, реальность наступления такой опасности в результате осуществления ответчиком деятельности (как нарушающей установленные требования в области охраны окружающей среды, так и соответствующей им на момент предъявления требования) и, во-вторых, необходимость запрещения соответствующей деятельности (например, при планировании строительства или возведении нового промышленного объекта в местах обитания редких и находящихся под угрозой исчезновения видов животных, растений и грибов). Наличие у ответчика разрешительной документации на осуществление деятельности, создающей опасность причинения вреда, положительного заключения экологической экспертизы не является основанием для отказа в иске (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 49).

Практика разграничивает основания ограничения или приостановления деятельности, с одной стороны, и ее прекращения — с другой. Суды вправе принять решение об *ограничении или о приостановлении* деятельности, осуществляемой с нарушением природоохранных требований, когда допущенные нарушения имеют устранимый характер (например, сброс сточных вод с превышением нормативов содержания вредных веществ или выбросы вредных (загрязняющих) веществ в атмосферный воздух в отсутствие необходимого разрешения). Принимая решение, суд должен указать обстоятельства, с наступлением которых связывается возможность возобновления такой деятельности в будущем (например, получение положительного заключения экологической экспертизы, ввод в эксплуатацию очистных сооружений, получение разрешения на выбросы загрязняющих веществ), а также срок, в течение которого необходимо устранить допущенные нару-

шения (ч. 2 ст. 206 ГПК РФ; ч. 1, 2 ст. 174 АПК РФ). Неустранение нарушения в установленный срок может являться основанием для обращения в суд с требованием о *прекращении* соответствующей деятельности (п. 25 указанного Постановления).

Если нарушения законодательства в области охраны окружающей среды имеют неустранимый характер, суд вправе обязать ответчика *прекратить* соответствующую деятельность. При отсутствии в деле доказательств, свидетельствующих о наличии достаточных оснований для прекращения деятельности ответчика, осуществляемой с нарушением природоохранного законодательства, суд, учитывая наличие публичного интереса в обеспечении экологической безопасности и сохранении благоприятной окружающей среды, вправе вынести на обсуждение лиц, участвующих в деле, вопрос об ограничении или приостановлении такой деятельности (п. 26 указанного Постановления).

Преимущественно на отношения в сфере охраны природы расчитано специальное правило, сформулированное касательно предупреждения причинения вреда: с одной стороны, если причиненный вред является последствием эксплуатации предприятия, сооружения либо иной производственной деятельности, которая продолжает причинять вред или угрожает новым вредом, суд вправе обязать ответчика приостановить или прекратить соответствующую деятельность; с другой стороны, суд может отказать в иске о приостановлении или прекращении соответствующей деятельности лишь в случае, если ее приостановление или прекращение противоречит общественным интересам (п. 2 ст. 1065 ГК РФ).

Специальный характер данного правила выражается в том, что оно регулирует отношения в сфере производственной деятельности, включая эксплуатацию предприятий и сооружений. В пределах этой области суд наделяется большей возможностью усмотрения, имея полномочия как приостановить или прекратить вредоносную деятельность, так и отказать в применении указанных мер.

Рассматривая споры об ограничении, приостановлении либо прекращении деятельности, осуществляемой с нарушением законодательства в области охраны окружающей среды, суд должен соблюдать баланс между потребностями общества в сохранении благоприятной окружающей среды и обеспечении экологической безопасности, с одной стороны, и решением социально-экономических задач – с другой. При этом суду следует принимать во внимание не только факторы, обеспечивающие нормальную жизнедеятельность людей и организаций (например, применительно к деятельности градообразующих предприятий, теплоэлектроцентралей, очистных сооружений), но и сораз-

мерность последствий прекращения (приостановления, ограничения) деятельности тому вреду окружающей среде, который может наступить как в результате продолжения данной деятельности, так и вследствие ее прекращения. В целях установления наличия или отсутствия такого противоречия общественным интересам суд вправе вынести на обсуждение лиц, участвующих в деле, данный вопрос, а также предложить им представить соответствующие доказательства (п. 27 указанного Постановления).

Конкретизацию данных правоположений можно усмотреть в доводах, сформулированных при разрешении дела по иску ведомства надзора в сфере природопользования к ряду хозяйствующих субъектов о прекращении деятельности по обращению с отходами до получения лицензии на сбор, транспортировку, обработку, утилизацию, обезвреживание и размещение отходов, о приостановлении работ на буферном пруду (включенном в состав очистных сооружений), а также о возложении обязанности по прекращению использования для целей размещения и накопления отходов земельного участка и по его рекультивации. Разрешая вопрос о приостановлении подобных работ, следует обсудить возможные последствия такого приостановления, в частности допустимость дальнейшей эксплуатации очистных сооружений в действующем положении, возможность возврата ремонтируемого сооружения в прежний режим работы, риск возникновения угрозы причинения большего вреда ввиду приостановления работ на текущем этапе. При этом следует учитывать цель приостановления производственной деятельности на основании ст. 1065 ГК РФ, состоящую в предупреждении причинения вреда (Определение СКГД ВС РФ от 17 июля 2018 г. № 50-КГ18-17).

В качестве частных случаев требований пресечения действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения прав, расцениваются, например, требования прокурора, направленные на прекращение негативных последствий от сжигания попутного нефтяного газа и состоящие в обязанности нефтяной компании обеспечить уровень использования попутного нефтяного газа в соответствии с лицензией и проектной документацией или на прекращение сбросов сточных вод с превышением нормативов содержания вредных загрязняющих веществ в реку путем реконструкции очистных сооружений или изменения технологии очистки. Рассматривая вопрос о подведомственности подобных дел суду общей юрисдикции, высшая судебная инстанция указала также, что рассмотрению данных требований не препятствует наличие у прокурора возможности инициировать привлечение лиц, виновных в нарушении законодательства о недрах и охране окружающей среды,

к уголовной и административной ответственности (определения СКГД ВС РФ от 11 ноября 2008 г. № 3-Впр08-11, от 18 июня 2013 г. № 70-КГПР13-3; п. 6 Обзора судебной практики ВС РФ за II квартал 2013 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 20 ноября 2013 г.).

*(б) Противодействие недобросовестной конкуренции*

Пресечение действий, нарушающих права или создающих угрозу их нарушения, возможно также в сфере защиты конкуренции. Антимонопольному органу предоставлены полномочия выдавать в определенных случаях хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о прекращении злоупотребления доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции; о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам; о прекращении недобросовестной конкуренции; о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства; о прекращении иных нарушений антимонопольного законодательства (п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции).

*(в) Защита прав потребителей*

Прокуроры, уполномоченные органы, органы местного самоуправления, общественные объединения потребителей (их ассоциации, союзы), имеющие статус юридического лица, могут предъявлять в суд в защиту прав и законных интересов неопределенного круга потребителей к изготовителю (продавцу, исполнителю, уполномоченной организации или уполномоченному индивидуальному предпринимателю, импортеру) требования, целью которых является признание действий ответчика противоправными или прекращение противоправных действий ответчика (ст. 1065 ГК РФ, ст. 46 Закона о защите прав потребителей; п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17).

*(г) Пресечение незаконной деятельности*

Высшая судебная инстанция на примере деятельности юридического лица по организации и проведению лотереи, когда под ее видом осуществляется проведение азартных игр, разъяснила, что в случае установления опасности причинения какого-либо вреда хозяйственная деятельность может быть прекращена в соответствии с п. 1 ст. 1065 ГК РФ, согласно которому опасность причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность. В обоснование этого суждения указано, что проведение азартных игр под видом лотереи нарушает права и законные интересы граждан, посягает на нравственность и может создавать угрозу причинения гражданам вреда (ответ на вопрос 1 Обзора зако-

нодательства и судебной практики ВС РФ за I квартал 2010 г., утвержденном Постановлением Президиума ВС РФ от 16 июня 2010 г.).

#### *4.7. Обеспечительные меры*

Прогибиторные иски граничат с таким процессуальным институтом, как обеспечительные меры в виде запрета ответчику или другим лицам совершать определенные действия, в частности, касающиеся предмета спора, в том числе передавать имущество ответчику или выполнять по отношению к нему иные обязательства (п. 2 и 3 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ, ч. 2 ст. 85 КАС РФ).

Например, в качестве меры по обеспечению иска о сносе самовольной постройки судом может быть наложен запрет на производство строительных работ (в частности, на определенном строительном объекте и (или) на определенном земельном участке) как в отношении ответчика, так и в отношении иных лиц, фактически осуществляющих строительные работы на спорном объекте в том числе по заданию заказчика на основании гражданско-правовых либо трудовых договоров (Обзор судебной практики по делам, связанным с самовольным строительством, утв. Президиумом ВС РФ 19 марта 2014 г.).

При наличии условий принятия обеспечительных мер (ст. 90 и 91 АПК РФ) суд вправе запретить общему собранию акционеров принимать решения по отдельным вопросам, включенным в повестку дня, если эти вопросы являются предметом спора или непосредственно с ним связаны, а также в целях обеспечения иска запретить акционерному обществу, его органам или акционерам исполнять принятое общим собранием решение по определенному вопросу (п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 9 июля 2003 г. № 11).

Заявление о принятии обеспечительных мер в виде запрещения ответчику и другим лицам совершать определенные действия, в том числе о запрете Роспатенту рассматривать возражения против предоставления правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, совершать действия по государственной регистрации и другие, может быть удовлетворено, если указанные обеспечительные меры непосредственно связаны с предметом заявленных требований и в случае удовлетворения иска непринятие именно этих мер затруднит или сделает невозможным исполнение судебного акта (абзац второй п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

По требованию о пресечении действий, нарушающих право на товарный знак и выражающихся в незаконном использовании доменного имени, в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю могут быть применены обеспечительные меры. Такими мерами



могут быть, в частности, запрет администратору совершать какие-либо действия, направленные на отказ или передачу прав администрирования доменного имени, включая смену регистратора, а также запрет регистратору аннулировать доменное имя и передавать права администрирования доменного имени другому лицу. Эти меры направлены на сохранение существующего состояния отношений между сторонами (абзац первый п. 160 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10). Направленность обеспечительных мер на сохранение существующего состояния отношений (status quo) между сторонами предусматривается и сложившейся ранее арбитражной практикой (абзац третий п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55).

Для применения обеспечительных мер не требуется представления доказательств в объеме, необходимом для обоснования требований и возражений стороны по существу спора. Обязательным является представление заявителем доказательств наличия оспоренного или нарушенного права, а также его нарушения. Исходя из этого, достаточным является представление заявителем доказательств наличия у него права на товарный знак, а также его нарушения и обоснования причины обращения с требованием о применении обеспечительных мер. Не требуется представления отдельных доказательств того, что принятие указанных обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта по существу спора (п. 160 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10). Упрощенный стандарт доказывания при обращении с заявлением об обеспечении иска предусматривался в арбитражной практике и ранее (абзац второй п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55). На деле это правоположение, к сожалению, не соблюдается.

Запрет совершения определенных действий, способных нарушить частное право, может применяться в качестве обеспечительной меры и в отношении публичных органов при разрешении споров, возникающих из публичных отношений.

В качестве примеров можно привести:

— запрет органу кадастрового учета аннулировать и исключать из государственного кадастра недвижимости сведения о спорном земельном участке, которые на момент спора носят временный характер (п. 21 Обзора судебной практики по делам, связанным с оспариванием отказа в осуществлении кадастрового учета, утвержденного Президиумом ВС РФ 30 ноября 2016 г.);

— запрет на совершение действий, направленных на реализацию имущества должника в ходе исполнительного производства, при оспаривании постановления судебного пристава-исполнителя об оценке,

передаче на реализацию имущества должника или при оспаривании стоимости объекта оценки, указанной оценщиком в отчете (абзац пятый п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

### **5. Признание оспоримой сделки недействительной и реституция по ней, а также реституция по ничтожной сделке**

Как описано в комментарии к ст. 8, основным юридическим фактором, порождающим гражданские правоотношения, является сделка, но она может иметь разнообразные дефекты, именуемые пороками (например, порок содержания, порок формы, порок воли и т.д.), из-за которых порождение ею последствий нарушало бы права и законные интересы сторон, третьих лиц или общественные интересы. Для предотвращения таких последствий и защиты прав и интересов право содержит институт недействительности сделок. Российский закон разделяет оспоримые и ничтожные сделки, реципируя эту классификацию в свое время из немецкого права. Разграничение порочных сделок на ничтожные и оспоримые знакомо далеко не всем правопорядкам и иногда вызывает споры, но в контексте российского права укоренилось и вряд ли может быть отвергнуто в ближайшей перспективе.

Оспоримые сделки, несмотря на тот или иной порок, являются действительными, но могут быть оспорены в пределах срока давности в судебном порядке стороной сделки или иным лицом, имеющим в силу закона право на оспаривание; в случае признания судом оспоримой сделки недействительной (аннулирования сделки) она лишается юридической силы с момента совершения, т.е. ретроспективно. Суд здесь выносит преобразовательное решение об аннулировании; если и пока оно не вынесено и не вступило в силу, стороны должны исходить из ее действия. В частности, российский закон объявляет оспоримыми сделки, совершенные в результате заблуждения, обмана, насилия, угрозы; кабальные сделки; сделки, совершенные без необходимого в законе согласия третьего лица (например, супруга) или органа управления юридического лица (например, крупные сделки и сделки с заинтересованностью), и многие другие.

Ничтожные сделки обладают таким пороком, наличие которого лишает сделку юридической силы с момента ее совершения без необходимости судебного решения на сей счет; ничтожная сделка просто не существует как таковая. В частности, ничтожными признаются мнимые сделки; сделки, противоречащие законодательному запрету; сделки, противоречащие основам правопорядка или нравственности, и др. Комментируемая норма не упоминает иск о признании ничтожной сделки недействительной. В предъявлении такого иска нет нужды,

поскольку ничтожная сделка не порождает правовых последствий как таковая и это не требует подтверждения судом. Но на практике такие иски, носящие характер негативного иска о признании, очень часто подаются (например, когда сделка не исполнялась, но соответствующая сторона желает внести правовую определенность в отношения сторон). В большинстве случаев данные иски предъявляются стороной сделки, но в ряде случаев их могут подавать и подают третьи лица. Судебная практика достаточно давно допустила возможность предъявления такого иска, несмотря на то что он не упомянут ни в ст. 12 ГК РФ, ни где-либо в ином месте. С 2013 г. сам ГК РФ упомянул возможность принятия к рассмотрению и удовлетворения такого иска, тем самым окончательно его легализовав (п. 3 ст. 166 ГК РФ).

Сторона, имеющая право на оспаривание сделки, вправе вместе с оспариванием сделки заявить требование о возврате того, что она предоставила по сделке. Сторона ничтожной сделки также может потребовать возврата исполненного по ничтожной сделке. При невозможности возврата предоставленного в натуре подлежит возмещению денежный эквивалент. Такие требования именуется в российском праве реституцией. Российский правовой режим реституции во многом не соответствует правилам о виндикации или о неосновательном обогащении, которые обычно применяются в зарубежных странах в контексте исков о возврате имущества, предоставленного по недействительному договору (в частности, в России суд может в ряде случаев присудить реституцию по собственной инициативе, присуждает двустороннюю реституцию даже тогда, когда другая сторона свое требование о встречной реституции не заявляла, а также применяет специфические правила об исковой давности). Кроме того, в режиме применения последствий недействительности возможно внесение исправлений в соответствующие правоустанавливающие реестры в связи с признанием недействительной сделки и правового эффекта перехода права на имущество (например, в ЕГРН). Наконец, при недействительности сделки по ряду оснований возможно взыскание с одной из сторон убытков, рассчитанных по модели защиты негативного интереса (например, согласно ст. 179 ГК РФ при обмане или применения угроз для склонения стороны к совершению сделки).

Порок, который дает основание для оспаривания сделки или признания ее ничтожной, должен иметь место на момент ее совершения. Те или иные обстоятельства, имеющие место после совершения сделки, не могут составлять тот порок, который позволяет оспаривать сделку или может лечь в основу вывода о ничтожности сделки. Впрочем, некоторые оговорки следует сделать в отношении оспаривания

сделок по банкротным основаниям. Согласно ст. 61.1–61.9 Закона о банкротстве при конкурсном оспаривании сделка аннулируется и тогда, когда одно из условий для ее оспаривания (принятие заявления о банкротстве к рассмотрению) наступает после совершения сделки.

Подробный разбор всех этих и многих других вопросов представлен на страницах другого тома из серии #Глосса<sup>1</sup>.

## **6. Признание недействительным решения собрания**

Как было показано в комментарии к ст. 8 ГК РФ, решения различных собраний членов тех или иных гражданско-правовых сообществ, в отношении которых закон установил возможность принятия имеющих для всех членов сообщества правовое значение решений тем или иным большинством, является юридическим фактом, отнесение которого к категории сделок или некоего самостоятельного юридического факта *sui generis* вызывает в российском праве споры. Как бы то ни было, закон установил специальные правила о недействительности решений собраний (ст. 181.3–181.5 ГК РФ). В частности, закон предусматривает целый ряд оснований и процедурных правил оспаривания решений собраний, а также устанавливает условия ничтожности решений. Эти нормы не решают всех вопросов, поэтому суды вынуждены обращаться к общим правилам о недействительности сделок, ведь правовой режим недействительности сделок куда более обширен. В частности, из применения этих правил вытекает и возможность предъявления и удовлетворения исков о признании ничтожных решений собраний недействительными (о констатации ничтожности), а также исков о реституции того, что было предоставлено на основании признанного недействительным оспоримого или ничтожного решения собрания (например, о возврате выплаченных на основании недействительного решения собрания участников ООО дивидендов).

Подробный разбор проблематики недействительности решений собраний см. комментарии к ст. 181.3–181.5 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса.

## **7. Присуждение к исполнению обязанности в натуре**

### **7.1. Общие замечания о сфере действия иска об исполнении в натуре**

Как комментируемая норма, так и п. 1 ст. 308.3 ГК РФ закрепляют, что кредитору по обязательству по общему правилу доступен иск

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 348–871.

о присуждении к исполнению обязательства в натуре, т.е. иск, цель которого состоит в том, чтобы обеспечить реальное исполнение обязательства. Появление ст. 308.3 ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., разрешило важный и вызывавший ранее споры вопрос о сфере применения такого иска. Несмотря на упоминание иска об исполнении обязанности в натуре в ст. 12 ГК РФ, ранее существовала точка зрения, согласно которой чуть ли не единственным случаем, когда такой иск доступен кредитору, является случай, упомянутый в ст. 398 ГК РФ, которая предусматривает возможность истребования в натуре индивидуально-определенной вещи. В рамках новой ст. 308.3 ГК РФ доступность по общему правилу кредитору возможности подать такой иск окончательно подтверждена, а иное может вытекать из закона, договора или существа обязательства. При этом следует учитывать, что в случае, когда в силу закона, договора или существа обязательства кредитору недоступен иск о присуждении к исполнению в натуре, обязательство не превращается в натуральное, и кредитор не оказывается беззащитным, так как ему остается доступным универсальный способ защиты — право на взыскание убытков (а также в ряде случаев и иные средства защиты, такие как расторжение договора и возврат того имущества, которое он сам предоставил должнику в обмен на обещанное, но не осуществленное предоставление).

Это решение законодателя установить доступность иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре в качестве общего правила и допустить исключения, когда это вытекает из закона, договора и существа обязательства, является абсолютно правильным. Оно в общем и целом соответствует доминирующему в цивилистической традиции континентально-европейских стран подходу. Международные акты унификации договорного права идут по этому же пути с той лишь особенностью, что они пытаются исключения из общего правила о доступности иска об исполнении в натуре обозначить прямо (ст. 7.2.1 и 7.2.2 Принципов УНИДРУА, ст. III.—3:301 и III.—3:302 Модельных правил европейского частного права). Впрочем, надо иметь в виду, что в странах англосаксонской правовой традиции в качестве общего правила установлено ограничение на удовлетворение таких исков, и доступность принуждения в натуре является исключением из этого общего правила. По сути, правовые порядки, стартуя с диаметрально противоположных позиций, пытаются нащупать те ситуации, когда такой иск удовлетворять целесообразно, а когда нет.

Исполнение в натуре — это по большей части иск о присуждении (за исключением понуждения к совершению волеизъявления (о них см. ниже подп. «ж» п. 7.6 комментария к настоящей статье)). При первом

приближении может показаться, что этот иск подразумевает исключительно неденежное исполнение. Но это не совсем так. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре имеет место и тогда, когда истец требует погашения денежного долга. В ст. 12 ГК РФ, где перечисляются признаваемые правом способы защиты гражданских прав, не упоминается такой способ защиты, как взыскание основного денежного долга, но при этом упоминается иск о присуждении к исполнению обязанности в натуре. Именно к последней категории исков и следует относить иск о взыскании основного долга, поскольку посредством такого иска кредитор принуждает ответчика к исполнению своей договорной обязанности. Тот факт, что судебная практика избегает применения такого понятия в отношении денежных обязательств и предпочитает использовать термин «взыскание долга / задолженности», связан с тем, что словосочетание «в натуре» с семантической точки зрения не вполне сочетается с денежным долгом.

Кроме того, к требованиям об исполнении в натуре относят не только исполнение должного при полном отсутствии исполнения до этого (поставить товар, выполнить работы, возвратить арендованную вещь), но и устранение недостатков при ненадлежащем исполнении обязательства. На такую квалификацию иска об устранении недостатков прямо указывает и п. 2 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права.

Иск о регистрации перехода права собственности на покупателя в соответствующих реестрах также представляет собой разновидность обсуждаемого здесь иска о понуждении к исполнению обязанности в натуре. Если недвижимость не была передана во владение покупателя, он вправе подавать иск о принудительной регистрации перехода права собственности в соответствии с п. 3 ст. 551 ГК РФ (в таком случае данное требование будет заявляться вместе с требованием об истребовании недвижимости из владения продавца по правилам ст. 398 ГК РФ). Если же покупатель уже вступил во владение недвижимостью, он вправе подать самостоятельный иск о регистрации перехода права собственности (см. подробнее комментарий к ст. 398 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>). Аналогичный иск о регистрации перехода права может быть заявлен при уклонении от подачи должником соответствующих распорядительных волеизъявлений, направленных на регистрацию перехода права на иные регистрируемые имуществен-

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 678–688 (автор комментария к ст. 398 — А.Г. Карапетов).

ные права (например, такое требование в отношении бездокументарных ценных бумаг и доли в ООО может быть заявлено в соответствии с правилами п. 4 ст. 149.2 ГК РФ и п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

К категории иска об исполнении в натуре следует отнести и иск о понуждении к совершению волеизъявления. В данном случае и сам иск, и решение суда носят преобразовательный характер, а решение не требует какого-либо исполнения, так как требуемое волеизъявление считается совершенным в момент вступления в силу решения суда.

Сама обязанность, требование об исполнении которой заявляется, может проистекать не только из договора, но и из закона. Например, требование об исполнении обязанности имеет место при истребовании неосновательного обогащения. Это может быть и взыскание денежного кондикционного долга, и присуждение к возврату иного имущества, являвшегося предметом неосновательного обогащения (п. 1 ст. 1104 ГК РФ). Различные обязанности одних лиц перед другими могут возникать в силу множества иных законодательных предписаний. Например, для управляющей организации предусмотрена обязанность передать техническую документацию на многоквартирный дом и иные связанные с управлением таким домом документы вновь выбранной управляющей организации (ч. 10 ст. 162 ЖК РФ, Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 2010 г. № 17074/09). Также по смыслу п. 7 ст. 213.26 Закона о банкротстве для включения в конкурсную массу общего имущества, перешедшего супругу должника по результатам изменения режима собственности внесудебным соглашением о разделе имущества, должник обязан передать все полученное им общее имущество финансовому управляющему должником. При уклонении супруга от передачи полученного финансовый управляющий вправе требовать отобрания этого имущества у супруга применительно к правилам п. 3 ст. 308.3 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 48).

Понуждение к воздержанию от каких-либо действий в соответствии с п. 6 ст. 393 ГК РФ (о пресечении соответствующих действий), если такое воздержание входило в предмет обязательства должника, также может быть признано разновидностью данного иска, но здесь больше оснований видеть частное проявление иного способа защиты, упомянутого в ст. 12 ГК РФ, а именно «пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения».

Та же дуалистическая природа обнаруживается и применительно к требованию о возмещении ущерба деликтным иском. С одной стороны, такой иск понуждает делинквента к исполнению своего вытекающего из закона обязательства (в денежной форме или согласно

ст. 1082 ГК РФ в натуре), но с другой — мы здесь имеем реализацию таких упомянутых в ст. 12 ГК РФ способов защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права (в случае возмещения вреда в натуре), а также взыскание убытков (в случае возмещения вреда в деньгах).

В то же время не всякое присуждение являет собой иск об исполнении в натуре. Например, виндикация предполагает, что вещь подлежит изъятию у ответчика, однако данный иск не является иском об исполнении обязательства в натуре. См. подробнее о разграничении этих исков п. 7.2 комментария к настоящей статье.

Особенностью требования об исполнении обязанности в натуре является то, что притязание вытекает из обязательственных отношений, т.е. относительного правоотношения, в котором обязанности должника противостоит право требования кредитора. Основанием для возникновения такого правоотношения являются сделка (как договор, так и одностороннее волеизъявление) или накопление иного фактического состава, влекущего обязательство в силу положений закона (например, обязательства из деликтов, из неосновательного обогащения, из корпоративных правоотношений).

В судебной практике иски об исполнении неденежных обязательств в натуре встречаются не так часто, как иски о взыскании основного долга. Тем не менее такие иски нередко поддерживались в практике высших судебных инстанций (см. п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 (истребование в натуре недвижимости, не переданной продавцом по договору купли-продажи, и принудительная регистрация перехода права собственности на покупателя); постановления Президиума ВАС РФ от 11 апреля 2000 г. № 6056/99 и от 30 мая 2000 г. № 6088/99 (удовлетворены иски о поставке товара в натуре), от 15 февраля 2002 г. № 7715/01 (удовлетворен иск о принуждении энергоснабжающей организации к исполнению своих обязательств), от 28 июля 2011 г. № 3024/11 (признан допустимым иск об устранении дефектов в выполненных работах в натуре), от 2 апреля 2013 г. № 17195/12 (признан допустимым иск об устранении недостатков в проектной документации в натуре); определения СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16-14210 (удовлетворено требование о понуждении к предоставлению банковской гарантии), от 24 октября 2017 г. № 308-ЭС17-8172 (должник присужден к выполнению работ по восстановлению пункта геодезической сети), от 7 декабря 2017 г. № 310-ЭС17-12472 (имело место замещение воли должника на подписание акта о распределении долей в рамках общей долевой собственности); Определение ГК ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54



(удовлетворено требование о понуждении cedenta к уступке права требования)).

### **7.2. Отличие иска о присуждении к исполнению обязанности в натуре от вещного иска**

Требование об исполнении в натуре вытекает из обязательства. Как следствие, кредитору в рамках обязательственного отношения противостоит конкретное лицо – должник, к которому и должны быть предъявлены требования. Когда имеет место нарушение абсолютного права (например, права собственности), виндикационный или негаторный иск тоже можно предъявить к конкретному лицу: и то, и другое является притязанием. Но имеется и принципиальная разница. При успешном побуждении должника к исполнению в натуре обязательство прекратится исполнением. Совсем иначе обстоит дело с вещными исками. Их целью, наоборот, является восстановление нарушенного права собственности и обеспечение его дальнейшего спокойного существования – при удовлетворении виндикационного иска право собственности не прекратится. Такие вещные иски являются разновидностями других способов защиты права, указанных в ст. 12 ГК РФ: виндикация является проявлением механизма восстановления состояния, имевшего место до нарушения, а негаторный иск может быть направлен как на восстановление, так и на пресечение деятельности, нарушающей право.

В праве нередко встречаются ситуации, когда иски, направленные на защиту абсолютного права, и обязательственные требования в целом призваны решить похожие задачи. Так, согласно п. 34 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 спор о возврате имущества собственнику подлежит разрешению в первую очередь на основании правил о договорных и реституционных требованиях, если для их применения есть правовые основания. Если же подобные основания отсутствуют, применяется виндикация. Например, если бывший арендатор отказывается возвращать вещь кредитору, ее можно было бы с одинаковым успехом истребовать как на основании договорного иска, так и на основании виндикации, однако наш правовой порядок, не допуская конкуренции требований, в данном случае отдает приоритет договорному притязанию.

Самая яркая на практике ситуация, где сталкиваются обязательственный и вещный способы защиты права, – это сфера долевого участия в строительстве. Так, СКГД ВС РФ часто утверждала, что участник долевого строительства – гражданин, надлежащим образом исполнивший свои обязательства по договору, вправе требовать защиты своих прав путем признания права на долю в общей долевой собственности в не

завершенном строительстве объекте в виде квартиры и определения размера доли в общей долевой собственности на объект незавершенного строительства (п. 3 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2017), утвержденного Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.; определения ВС РФ от 24 января 2017 г. № 89-КГ16-10, от 13 октября 2015 г. № 89-КГ15-10; п. 18 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом ВС РФ 4 декабря 2013 г.). По сути, граждане подают иск, в котором просят признать их собственниками соответствующей квартиры. Иной и, конечно же, правильный подход наблюдается в судебных актах арбитражных судов (в том числе ВАС РФ и СКЭС ВС РФ), которые исходят из того, что договоры участия в долевом строительстве порождают лишь обязательственные отношения между его сторонами и дают им право требовать друг от друга исполнения обязательства в натуре, но не предоставляют возможности прибегать к вещно-правовым способам защиты, и, соответственно, вещный иск о признании права собственности переквалифицируется в обязательственный иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре (например, определения СКЭС ВС от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС15-20071(6), от 5 сентября 2019 г. № 306-ЭС16-3099(4, 5)). В последнее время появилась надежда на изменение практики СКГД (как минимум в отношении требований о признании права собственности на нежилое помещение Коллегия пошла по пути переквалификации вещного иска в обязательственный (см. Определение СКГД ВС РФ от 19 февраля 2019 г. № 4-КГ18-92)), но вопрос остается в полной мере не разрешенным. См. подробнее об этом п. 2.4 комментария к настоящей статье.

### ***7.3. Корпоративные споры***

Помимо классических обязательственных отношений иск об исполнении в натуре допустим также в рамках корпоративных отношений. Основанием для такого вывода является п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, согласно которому общие положения об обязательствах (т.е. и ст. 308.3 ГК РФ) применяются к требованиям, возникшим из корпоративных отношений (поскольку иное не установлено ГК РФ, иными законами или не вытекает из существа соответствующих отношений).

Корпоративное законодательство предусматривает большое количество исков о признании, преобразовательных исков и исков о присуждении. Среди последних к требованиям об исполнении обязательства в натуре не могут быть отнесены требования, связанные со спором о праве лица на акции / доли в уставном капитале, поскольку они направлены, как и в случае с вещными исками, на защиту абсолютного,

а не относительного права. Но если с помощью иска одна из сторон корпоративных отношений пытается понудить другую сторону к совершению действий, входящих в предмет соответствующей корпоративной обязанности, мы имеем иск об исполнении в натуре.

Иск об исполнении в натуре может, в частности, заявляться:

- об обязанности общества предоставить информацию по иску участника / акционера;
- о выплате действительной стоимости доли или о передаче участнику имущества в натуре такой же стоимости;
- о выплате начисленных дивидендов;
- об истребовании у бывшего директора документов, относящихся к деятельности юридического лица, в том числе и арбитражным управляющим (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53);
- об обязанности провести общее собрание участников общества (п. 8 ст. 55 Закона об АО, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 октября 2012 г. № 7508/12);
- о понуждении общества включить предложенный вопрос в повестку дня общего собрания акционеров (п. 6 ст. 53 Закона об АО).

#### ***7.4. Абсолютные препятствия к удовлетворению иска***

Несмотря на то что данный иск является доступным кредиторю по общему правилу, следует обратить внимание на целый ряд важных ограничений. Количество таких исключений крайне значительно, так что на практике подобные иски оказываются доступны далеко не всегда.

##### ***(а) Наличие прямого законодательного ограничения***

Необходимо учитывать, что, несмотря на наличие общего правила, допускающего присуждение к исполнению обязательства в натуре, специальные нормы могут исключить указанное средство защиты. Это следует и из положений ст. 308.3 ГК РФ, которые говорят, что такой иск в случае нарушения обязательства допускается, если иное не установлено в законе.

Нормой закона может исключаться не требование присуждения в натуре в целом, а лишь одно из его проявлений. Например, в соответствии со ст. 557 ГК РФ в случае передачи продавцом покупателю недвижимости, не соответствующей условиям договора продажи недвижимости о ее качестве, покупатель не вправе требовать замены товара ненадлежащего качества на товар, соответствующий договору.

##### ***(б) Неопределенность предмета требования***

Вне зависимости от основания возникновения требования об исполнении в натуре крайне важно, чтобы его предмет был определен.

Конечно, требование об определенности / определенности предмета обязательства является безусловным для самого существования обязательства, однако применительно к иску об исполнении в натуре оно принимает более жесткую форму. Если обязательство может иметь не определенное, а определенное к моменту исполнения содержание, предмет иска не может быть определенным — он должен быть четко определенным. Недостаточная определенность требуемых по суду действий не позволяет удовлетворить иск о понуждении должника к исполнению в натуре. Так, если из просительной части иска о понуждении к исполнению в натуре не будет четко и однозначно вытекать, что именно должен сделать ответчик или пристав в целях побуждения ответчика, это может явиться самостоятельным основанием для отказа в иске ввиду потенциальной неисполнимости судебного акта. Так, например, согласно п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 возможность возложения на ответчика обязанности по восстановлению нарушенного состояния окружающей среды поставлена в зависимость от наличия проекта восстановительных работ, разработанного и утвержденного с соблюдением требований действующего законодательства. Следовательно, суд, удовлетворяя требование о возмещении вреда в натуре, должен основываться на соответствующем проекте и указать на него в резолютивной части решения. Эта позиция касается такого способа защиты, как восстановление состояния, имевшего место до нарушения, но она применима и к искам о присуждении к исполнению обязанности в натуре.

По этим причинам суд должен отказать в удовлетворении требований о понуждении к исполнению в натуре обязанности директора управлять обществом разумно и добросовестно. Данная обязанность установлена в законе, но удовлетворение требования о понуждении к исполнению такой неопределенной обязанности немыслимо. Если кредитор убедил суд, что из этого общего стандарта поведения вытекает конкретное действие и требует его совершения в натуре, допустимость иска о понуждении к совершению такого действия может обсуждаться. Но если кредитор потребовал в судебном порядке заставить директора вести себя разумно, не конкретизируя данное притязание, в иске должно быть отказано. Суд не может выносить решение со столь неопределенной резолютивной частью, так как судебное решение должно разрешать спор, а не порождать новые раунды разногласий о том, что, собственно, подразумевается в таком решении. Иначе говоря, данное ограничение вытекает из принципа эффективности правосудия.

*(в) Наличие договорного ограничения*

В силу прямого указания в п. 1 ст. 308.3 ГК РФ стороны вправе в своем соглашении заблокировать возможность удовлетворения иска об исполнении обязательства в натуре. Это в полной мере соответствует принципу свободы договора и не нарушает баланс интересов сторон, если речь идет об исключении возможности понудить к исполнению неденежного обязательства, и при этом договор не исключает право расторжения договора и возврат предоставленного должнику встречного исполнения, а также взыскание убытков. Так, например, договор купли-продажи может исключить право покупателя требовать поставки оплаченного товара в натуре, если при этом у покупателя остается возможность расторгнуть договор и потребовать возврата уплаченной предоплаты и взыскания убытков.

В то же время в целом ряде случаев условие договора об исключении права потребовать исполнения денежного обязательства будет абсолютно аномально и настолько несправедливо, что условие об исключении такой возможности должно признаваться недействительным в связи с явным злоупотреблением свободой договора (ст. 10 и 168 ГК РФ). Например, условие договора подряда или оказания услуг, согласно которому право подрядчика или исполнителя, выполнивших работы или оказавших услуги, потребовать взыскания долга исключается, не может быть признано судом, если из смысла договора не следует, что речь идет о даре. В отношениях же между коммерсантами дарение запрещено (ст. 575 ГК РФ), и поэтому подобное условие не может быть признано в любом случае. Впрочем, на практике такие абсурдные примеры не встречаются.

Здесь стоит только отметить, что договорные условия, ограничивающие доступные кредитору средства защиты на случай нарушения его права, согласно расширительно толкуемому положению п. 4 ст. 401 ГК РФ не имеют силы в ситуациях, когда нарушение договора носило умышленный характер. Сама эта норма касается условий об ограничении или освобождении от ответственности, но российская судебная практика уже распространила эту норму на попытки исключения ряда других средств защиты (например, в отношении условия договора об исключении права на расторжение договора (см. п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49)). Будет ли это ограничение распространяться на исключение права потребовать исполнения неденежного обязательства в натуре (с оставлением кредитору возможностей требовать возмещения убытков, расторжения договора и возврата ранее им предоставленного)? Пока данный вопрос в судебной практике не прояснен и в целом может вызывать споры.

*(г) Невозможность исполнения*

Препятствием к понуждению должника к исполнению обязательства в натуре является невозможность исполнения. Данное ограничение прямо предусмотрено для всех видов обязательств в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

То же ограничение см. в п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права и ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА.

Это ограничение вытекает не столько из существа обязательства, сколько из здравого смысла и существа отношений. В случаях, когда наступление невозможности исполнения прекращает обязательство, удовлетворение такого иска блокируется в силу отсутствия у кредитора договорного притязания.

Здесь следует отметить несколько важных нюансов.

Во-первых, для того чтобы воспрепятствовать удовлетворению требования кредитора о понуждении к исполнению в натуре, должнику по общему правилу достаточно доказать лишь факт наступления невозможности исполнения вне зависимости от того, по каким причинам она произошла, т.е., грубо говоря, не желая передавать вещь кредитору, недобросовестный ответчик может уничтожить ее, и в иске о понуждении к исполнению будет отказано. Защита нарушенного права в таком случае будет возможна только в рамках денежной компенсации.

Во-вторых, суд может отказать в иске о понуждении к исполнению в натуре, если исполнение обязательства повлечет нарушение прав третьих лиц. Природе судебной функции противоречит вынесение решения, которое будет нарушать права третьих лиц. В частности, если речь идет о понуждении к заключению договора, на который требуется согласие третьего лица в силу закона, суд должен отказать в иске, если такого согласия нет. Несмотря на то что в большинстве случаев сделка, заключенная по результатам вынесения решения, будет лишь оспорима (ст. 173.1 ГК РФ), суд не должен выносить такие решения, а кредитор вынужден ограничиться взысканием убытков. Иллюстрацией может являться иск арендатора об обязанности собственника заключить договор аренды имущества, находящегося в ипотеке, в отсутствие согласия залогодержателя (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 6616/12).

В-третьих, если существует невозможность совершения входящих в предмет обязательства действий самим должником, прежде чем отказать в иске, суд должен выяснить, не существует ли возможность возложения исполнения должником своего обязательства на третье лицо. Ведь согласно ст. 313 ГК РФ по общему правилу должник не обязан совершать такие действия лично и может возложить исполнение

на третье лицо, если строго личное исполнение не следует из закона, договора или существа обязательства. Критерием наличия / отсутствия невозможности исполнения в данном случае будет содержание установленной в законе прямо согласованной или подразумеваемой программы обязательства должника. Поэтому должника следует освободить от исполнения обязательства в натуре в случае, если сам должник исполнить обязательства объективно не может, а возможность возложения исполнения обязательства на третье лицо противоречит зафиксированной в законе, условиях договора или вытекающей из существа обязательства и договора программе обязательственного правоотношения (ст. 313 ГК РФ).

При этом при оценке существа обязательства на предмет соотносимости с возложением исполнения на третье лицо следует учитывать подразумеваемую волю сторон. Если, например, из договора вытекает, что должник должен был исполнять обязательство по поставке технола и отходов, которые образуются в результате его собственной производственной деятельности, очевидно, что стороны не имели в виду поставку покупателю лома и отходов, закупаемых должником у третьих лиц (пусть это прямо в договоре и не зафиксировано). Поэтому иск о понуждении к поставке таких лома и отходов в натуре должен отклоняться, если данный товар отсутствует у ответчика, так как наличие невозможности исполнения обязательства в натуре (Определение СКЭС ВС РФ от 4 июля 2019 г. № 305-ЭС18-22976).

Если же возможность возложения исполнения обязательства на третье лицо не была исключена из программы обязательственного правоотношения в силу закона, условий сделки или существа обязательства, сам факт того, что должник лично совершить необходимые действия не может, не должен препятствовать удовлетворению иска, когда сохраняется возможность поручить исполнение третьему лицу (ст. 313 ГК РФ).

В то же время, если должник в такой ситуации предпринимал попытки привлечь третьи лица, однако по объективным причинам это оказалось невозможным, следует констатировать невозможность исполнения и отказывать в иске. Соответствующая позиция подтверждена, в частности, в Определении СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 308-ЭС17-8172).

Этот подход относится не только к договорным требованиям. Так, в силу п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 при решении вопроса об удовлетворении требования о возмещении вреда в натуре в соответствии с п. 2 ст. 78 Федерального закона «Об охране окружающей среды» суд определяет, является ли принятие мер,

направленных на восстановление нарушенного состояния окружающей среды, объективно возможным. Применительно к п. 1 ст. 308.3 ГК РФ суду следует исходить из того, осуществимо ли устранение наступивших негативных изменений окружающей среды в результате проведения ответчиком восстановительных работ как его собственными силами (при наличии технической и иной возможности), так и путем привлечения третьих лиц.

В таком же ключе следует оценивать наступление невозможности исполнения в ситуации, когда предметом обязательства должника является получение волеизъявления от третьего лица. Данные обязательства характеризуются тем, что должник обещает кредитору добиться от третьего лица совершения односторонней сделки (например, выдачи банковской гарантии) или заключения договора (в частности, при продаже индивидуально-определенной вещи, принадлежащей в момент заключения договора третьему лицу). В подобном случае в содержание обязательства должника включаются действия, направленные на достижение соглашения с третьим лицом и (или) получения от последнего одностороннего волеизъявления. В такой ситуации сам по себе факт того, что понуждение должника к исполнению обязательства предполагает его взаимодействие с определенным третьим лицом, не может являться основанием для отказа в удовлетворении иска об исполнении в натуре (например, если должник даже не попытался наладить контакт с третьим лицом). Так, понуждая ответчика к исполнению обязательства по предоставлению банковской гарантии, СКЭС ВС РФ обратила внимание на отсутствие в материалах дела доказательств обращения ответчика в кредитные учреждения по вопросу выдачи банковской гарантии и наличия объективных обстоятельств, препятствующих ее получению (Определение СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. по делу № 305-ЭС16-14210). Другое дело, если ответчик предпринял разумные меры для достижения согласия с третьим лицом, однако последнее все равно отказывается от совершения волеизъявления. В подобной ситуации отказ третьего лица означает наступление невозможности исполнения в рамках обязательства должника. При этом вопрос о том, следует ли должнику предпринимать какие-то сверхусилия для того, чтобы переубедить третье лицо, правильно было бы решать исходя из договоренностей должника с кредитором, однако по общему правилу следует презюмировать, что, если не предусмотрено иное, от должника ожидаются лишь разумные предложения в адрес третьего лица (предложение купить вещь по рыночной стоимости, а не в два или более раз дороже).



В-четвертых, специального упоминания требуют временные препятствия, отличающиеся от подлинной невозможности исполнения только отсутствием у них признака постоянной непреодолимости. К ним относятся временные фактические (например, военные действия в регионе исполнения), а также юридические препятствия (например, введение эмбарго или экспортных ограничений), если последние изначально являются временными. Согласно п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 подобные препятствия сами по себе не прекращают обязательства должника, но кредитор не лишен права отказаться от договора, если вследствие просрочки, возникшей в связи с наступлением подобных обстоятельств, кредитор утратил интерес в исполнении. Возникновение подобных препятствий ставит вопрос об их влиянии на возможность реализации кредитором требования об исполнении обязательства в натуре. Буквальное прочтение п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 может натолкнуть на вывод о том, что при наличии таких препятствий на момент вынесения решения суда иск должен быть отклонен.

Но разумно ли это с учетом того, что препятствие в будущем может действительно отпасть? В российской практике единообразного подхода к решению данной проблемы не сложилось.

Так, согласно первой позиции, требование о реальном присуждении должно быть отклонено, если в момент вынесения решения существуют временные непреодолимые препятствия, не позволяющие должнику исполнить обязательство. Как правило, суды, отклоняя требования истца ввиду временной невозможности исполнения, не указывают, вправе ли данное лицо реализовать свои требования после отпадения препятствия. Как представляется, это возможно, так как отсутствие препятствия к моменту подачи нового иска обновляет фактическое основание иска, и уже нельзя говорить о том, что новый спор будет касаться того же предмета и основания. Здесь возникает та же ситуация, что и в случае с заявлением преждевременного иска до наступления срока исполнения. Если такой иск будет отклонен по причине ненаступления срока, то после его наступления новый иск вполне возможен, поскольку фактическое основание иска в части элемента созревания требования обновлено.

Обратный подход иногда встречается в практике нижестоящих судов, когда суды начинают исследовать вопрос об определенности срока существования временного препятствия. Согласно этому подходу, если очевидно, что препятствие точно будет устранено, но неизвестно, когда это произойдет, иск об исполнении в натуре при временной невозможности может быть удовлетворен. Данное обстоятельство связано

с требованиями ст. 174 АПК РФ, предусматривающей, что решение, обязывающее ответчика совершить определенные действия, должно содержать информацию о сроке их совершения. Обстоятельство, которое гарантировано в будущем наступит, но неизвестно, когда это произойдет точно, является именно сроком с точки зрения ГК РФ (ст. 190 ГК РФ) и процессуального законодательства (ч. 2 ст. 113 АПК РФ, ч. 2 ст. 107 ГПК РФ).

В некоторых правопорядках, например в Германии, удовлетворение иска возможно и в том случае, если устранение препятствия зависит от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет (т.е. не срока, а условия). Согласно данной позиции, во время существования препятствия допускается возможность судебного рассмотрения иска, но решение выносится под условием (на случай отпадения препятствия). Если должник присуждается исполнить обязательство только при отпадении (точно описанных) препятствий, имеет место решение, подлежащее исполнению при соблюдении необходимого условия. Чтобы начать исполнительное производство, кредитор сначала должен доказать, что препятствия устранены. Такое процессуальное решение является своеобразным отражением материально-правового подхода о приостановлении исполнения. Кроме того, данная позиция приемлема с точки зрения процессуальной экономии, поскольку в случае вынесения подобного решения в дальнейшем кредитор должен будет доказать только факт отпадения препятствия. Не нужно будет с самого начала обосновывать наличие права требования.

Однако в России успешная реализация подобных требований затруднительна ввиду господствующей позиции о недопустимости постановки решения суда под условие.

Резюмируя сказанное, можно сделать вывод, что при возникновении временной невозможности исполнения следует оценить, возможно ли установить, что препятствие точно будет устранено (например, работы можно проводить только после восстановления судоходства на реке и освобождения ее ото льда, и суд присуждает к их выполнению к указанному таким образом сроку). Если в судебном порядке возможно доказать, что данное препятствие рано или поздно неизбежно будет устранено, требование об исполнении обязательства в натуре может быть удовлетворено с указанием в решении срока для исполнения в виде указания на обстоятельство, которое неизбежно наступит.

Впрочем, для реализации этой опции необходимо будет ограничительно истолковать позицию ВС РФ о том, что невозможность исполнения препятствует удовлетворению иска об исполнении в натуре,

и отнести ее только к ситуациям, когда невозможность носит бесповоротный характер (например, гибель индивидуально-определенной вещи) или когда невозможность может быть устранена в будущем, но гарантии этого нет. Это позволит вывести ситуацию, когда препятствие налицо, но точно в будущем отпадет. Как бы то ни было, какой-либо ясной практики по данному вопросу на уровне позиций высших судов пока нет, так что вопрос может вызывать дискуссии.

*(д) Существенная затруднительность исполнения неденежного обязательства*

Существенные затруднения, преодоление которых связано с повышенными расходами и техническими сложностями для должника, в ряде случаев также могут явиться основанием для блокирования иска об исполнении в натуре. От невозможности исполнения данная ситуация отличается тем, что объективной невозможности исполнения нет. В ряде случаев, когда в силу изменившихся обстоятельств исполнение обязательства для должника стало настолько более обременительным, что это явно непропорционально интересу кредитора в реальном исполнении, настаивать на последнем вместо требования об убытках было бы злоупотреблением правом. Иначе говоря, здесь имеют значение не столько затруднения на стороне должника, сколько сопоставление этих затруднений с интересом кредитора в реальном исполнении. Если указанные элементы находятся в явной диспропорции, суд может отказать в иске со ссылкой на ст. 10 ГК РФ.

Например, принуждение подрядной организации к выполнению работ в условиях стихийного бедствия в регионе, где такие работы планировалось проводить, не должно по общему правилу допускаться, даже если эти обстоятельства не позволяют говорить о невозможности исполнения, при условии что кредитор не может убедительно обосновать, что он имеет настолько принципиальный интерес в реальном исполнении, что его попытка настоять на понуждении должника к исполнению обязательства и не ждать прекращения подобных препятствий является пропорциональной реакцией и оправданна. В равной степени вряд ли может быть удовлетворен иск о принуждении к ремонту поставленного оборудования, если поставщик давно перепрофилировал свою деятельность, а заказчик мог бы вместо труднообъяснимой попытки настоять на реальном исполнении спокойно поручить ремонт другой организации.

Классическим является пример, в рамках которого продавец уникального кольца уронил его в озеро, а затраты по найму водолазов и проведению подводных работ по поиску предмета купли-продажи оказались бы явно несоразмерны по сравнению со стоимостью са-

мого кольца и интересом кредитора в его получении. В таком случае понуждение к исполнению в натуре было бы очевидно неразумным, а требование исполнить такое обязательство в натуре — злоупотреблением права.

Этот подход можно проиллюстрировать и на другом известном примере. Подрядчик, обязавшийся произвести работы по созданию бассейна глубиной 5 м, допустил ошибку, в результате чего глубина построенного бассейна составила 4,9 м. Удовлетворение требований заказчика о понуждении подрядчика к устранению недостатков привело бы к чрезмерным расходам, связанным со сносом уже возведенного бассейна и повторным строительством нового. Такой исход дела привел бы к существенному дисбалансу между затратами подрядчика и интересом заказчика, в результате чего удовлетворение иска об исполнении обязательства в натуре в этом случае было бы несправедливым, если заказчик не может убедительно обосновать, в чем принципиальность такого строгого соблюдения глубины бассейна и почему он не может удовлетвориться возмещением убытков или соразмерным снижением цены.

На это могут возразить, что ответчик мог бы предъявить встречный иск о расторжении договора по правилам ст. 451 ГК РФ в связи с существенным изменением обстоятельств. Но нередко условий для расторжения может не быть (например, обстоятельства изменились по причинам, зависящим от должника, или возникновение новых обстоятельств он должен был предвидеть), и поэтому оснований для расторжения договора и освобождения должника от ответственности может не быть, но требовать от него реального исполнения несправедливо с учетом соотношения затруднений, с которыми столкнется должник, с одной стороны, и объективным интересом кредитора в реальном исполнении — с другой, и поэтому кредитор должен ограничиться взысканием убытков. Более того, применительно к обязательствам, имеющим внедоговорные основания возникновения, ст. 451 ГК РФ вовсе неприменима.

Этот критерий отказа в иске об исполнении в натуре хорошо известен международным актам унификации частного права (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права). Кроме того, в ряде стран критерий существенной затруднительности в ситуациях, в которых исполнение потребует от должника существенных затрат, находящихся в явном несоответствии с интересом кредитора в реальном исполнении, также признается основанием для отклонения иска об исполнении обязательства в натуре (абз. 2 § 275 ГГУ).

Данный критерий следует применять и в российском праве. Кредитора это не оставляет без защиты, так как его право на взыскание убытков взамен реального исполнения под вопрос не ставится.

*(е) Недопустимость принуждения к предоставлению дара*

В силу этических соображений суд должен отклонить иск о приговоре к исполнению обязательств одарить по консенсуальному договору дарения или передать имущество в безвозмездное пользование (ссуду). Права одаряемого или ссудополучателя при этом могут защищаться иском о возмещении убытков. Естественно, одаряемый (или ссудополучатель) вряд ли сможет найти должнику адекватную замену, но это не мешает суду отказать в иске о присуждении в натуре.

В то же время судебная практика СКГД ВС РФ, видимо, склоняется к возможности такой защиты прав одаряемого. Как минимум в ряде дел, связанных с дарением недвижимости, Коллегия допускала принудительную регистрацию перехода права собственности на предмет дарения в реестре при уклонении дарителя от подачи соответствующих заявлений в Росреестр (определения СКГД ВС РФ от 13 мая 2014 г. № 5-КГ14-24 и от 11 октября 2016 г. № 78-КГ16-42).

*(ж) Недопустимость принуждения к тесному сотрудничеству и длительному взаимодействию*

Суд должен отклонить иск об исполнении в натуре, если вынесение решения будет вовлекать ответчика в длительное и тесное сотрудничество с истцом, которое требует в нормальных условиях доброй воли обеих сторон.

Такое ограничение может быть применено к договорам строительного подряда на строительство большого объекта недвижимости (например, атомной электростанции или небоскреба) на земле заказчика. Даже если заказчик с трудом может найти подрядчику замену, трудно назвать разумным решение, которое будет обязывать подрядную организацию в течение многих лет строить соответствующий объект и тесно взаимодействовать с заказчиком по данному вопросу.

То же касается и понуждения к сотрудничеству по договорам совместной деятельности и иным подобным договорам. Впрочем, здесь в судебной практике встречается некоторый разнобой. Так, согласно абзацу пятому п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 «[в] ситуации, когда вопреки условиям договора товарищ, обязанный внести вклад в общее дело в виде права аренды или посредством передачи земельного участка в общую собственность товарищей, уклоняется от совершения необходимых для этого действий, другие участники договора простого товарищества вправе в судебном порядке требовать исполнения указанного договора применительно к пункту 3

статьи 551 ГК РФ». Но ранее в Постановлении Президиума ВАС РФ от 8 августа 2000 г. № 7274/99 Суд указывал по поводу вопроса о допустимости принуждения к внесению вклада в совместную деятельность следующее: «Поскольку подлежащий внесению денежный вклад по договору простого товарищества становится общей долевой собственностью товарищей, сторона по договору не вправе требовать взыскания в принудительном порядке с другой стороны в свою пользу суммы вклада, так как это противоречит природе договора данного вида».

Как представляется, такой иск должен как минимум по общему правилу отклоняться, поскольку иначе суд будет принуждать стороны к длительному тесному взаимодействию, без которого нормальная реализация такого партнерства и сотрудничества вряд ли возможна. Суд не может заставить стороны тесно сотрудничать. Если их партнерство, основанное на длительном и тесном взаимодействии, разрушилось и конфликт зашел настолько далеко, что оказался поводом к судебному разбирательству, не дело суда склеивать то, что было разбито, а надо просто взыскивать убытки. Иначе суд своим решением будет провоцировать новые раунды конфликтов.

*(з) Недопустимость принуждения к реализации продолжительной деятельности*

Суд также должен по общему правилу отклонить иск об исполнении обязательства в натуре, если его исполнение требует значительно количества времени и приведет к тому, что пристав-исполнитель будет вынужден осуществлять длительный контроль за действиями должника.

Так, например, судебная практика справедливо считает невозможным принуждение продавца, обещавшего построить и передать недвижимость, к выполнению обязательства по ее строительству, допуская лишь иск об отобрании недвижимой вещи, которая уже находится во владении продавца (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Иное решение применительно к договорам купли-продажи создаваемой в будущем недвижимости означало бы, что приставам-исполнителям придется контролировать длительный и зачастую многолетний процесс строительства недвижимости, притом что пристав не является компетентным лицом в данной сфере деятельности. Подобное ограничение связано во многом с уважением свободы личности и невозможности принуждения кого-либо к труду, тем более продолжительному. Еще одним аргументом против удовлетворения такого иска является невозможность обеспечения надлежащего контроля за исполнением решения суда, что может привести к новым спорам уже на стадии исполнительного производства и подрывает авторитет

судебной власти и судебного акта, обязательного к исполнению для должника.

Впрочем, однозначной и универсальной позиции высших судов по этому основанию для отказа пока нет.

Возможны ли какие-то исключения из этого предлагаемого правила? Этого нельзя исключить для ситуаций, когда кредитору невозможно найти замену должнику, а возмещение убытков не будет являться адекватным способом защиты права. Но здесь возникает проблематика присуждения к исполнению несозревших обязанностей (см. далее).

*(и) Несозревшее обязательство*

По общему правилу присуждение к исполнению в натуре возможно в отношении, когда право кредитора нарушено, а срок и все необходимые условия для исполнения наступили и должник уже находится в просрочке. Если нет нарушения права, то невозможен и судебный иск о присуждении.

Но мыслимы две особые ситуации.

Первая имеет место тогда, когда срок исполнения еще не наступил, но должник заранее объявляет, что исполнять обязательство не будет. Логично ли заставлять кредитора ждать наступления просрочки для подачи иска? Не логичнее ли дать ему право подать иск в такой ситуации заранее и получить судебное решение о присуждении с указанием соответствующего срока исполнения (если решение суда вступит в силу ранее наступления срока)? Ведь иначе кредитор столкнется с серьезной задержкой, так как судебное разбирательство требует времени. Позитивный же интерес кредитора требует защиты.

Вторая ситуация имеет место тогда, когда должник не исполняет некий длящийся договор, предполагающий пролонгированное исполнение (по месяцам, по частям и т.п.), в части одного из периодов или частей исполнения. Может ли кредитор, столкнувшийся с просрочкой, подать иск о понуждении к исполнению не только той части предоставления, по которой должник уже допустил просрочку, а также требование исполнять обязательство в будущем согласно согласованному в договоре графику и иным условиям? Например, может ли покупатель, не получивший первую из 100 запланированных партий, потребовать поставки не только этой первой партии, но и принуждения ответчика к дальнейшему соблюдению графика отгрузки? Или если арендодатель не исполняет свое обязательство по обеспечению допуска сотрудников арендатора в сданное в аренду помещение, то может ли арендатор подать иск, предметом которого будет не только принуждение к обеспечению такого допуска, но и принуждение арендодателя в течение 10 лет предстоящей аренды соблюдать данное обязательство? Ведь

иначе, выиграв иск о присуждении, кредитор может столкнуться с тем, что решение будет исполнено, но должник опять повторит нарушение.

Приведенная проблема является частью более общего вопроса относительно возможности удовлетворения исков, в рамках которых требование к моменту вынесения решения еще не созрело / не способно к принудительной реализации / не возникло.

Ранее (п. 7.4 комментария к настоящей статье) рассматривался вопрос о понуждении к исполнению обязательств, в отношении которых имеются временные препятствия, относительно которых точно известно, что они будут устранены, но нет ясности в вопросе о том, когда это произойдет. В таком случае, как представляется, суд может удовлетворить иск об исполнении в натуре, указав срок исполнения решения (установленный с учетом времени, необходимого для отпадения препятствия). Но что, если речь идет о будущих требованиях?

Предъявление требований на будущее допускается в рамках исков о взыскании периодических платежей (алименты, рента, выплата регулярного возмещения за вред, причиненный здоровью).

Кроме того, в Определении СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2019 г. № 306-ЭС18-20653 признано допустимым требовать не только пресечения действий, угрожающих нарушением права, но и пресечения намерения уменьшить объем деятельности по сравнению с текущим (ограничить режим потребления энергии). По сути, суд признал возможным рассмотрение иска об обязанности продолжить энергоснабжение на текущем уровне.

Мыслимы и иные ситуации, в которых разумно было бы предоставить кредитору возможность заявления иска о понуждении к исполнению в натуре еще не созревшего обязательства. Например, когда арендодатель уведомил арендатора о прекращении договора по истечении определенного срока и становится очевидным, что по окончании этого срока арендатор предмет аренды не вернет (арендатор начал оспаривать отказ арендодателя или иным образом проявляет свое несогласие).

Интерес кредитора в наличии возможности предъявления такого требования может заключаться в скорейшем возврате объекта и (или) получении предоставления от контрагента. Его интерес также может выражаться в экономии времени при наличии с контрагентом длящихся отношений, предусматривающих повторяющееся исполнение.

Заслуживающий внимания интерес должника заключается в том, что в период между вынесением решения о присуждении к будущему исполнению и наступлением срока для исполнения у должника могут возникнуть возражения против требования кредитора, которые могли бы привести к отклонению иска. Если решение уже вынесено,



то, чтобы указанные возражения привели к освобождению должника от исполнения обязанности, ему необходимо самому предъявить соответствующий иск. При этом какие-либо гарантии / механизмы приостановления исполнительного производства, помимо обеспечительных мер, в подобном случае не предусмотрены.

Вопрос о допустимости подобных требований затрагивает также интересы общества в целом. Так, чрезмерное расширение возможностей для предъявления преждевременных исков может привести к возникновению множества новых споров, для которых может и не быть оснований. С другой стороны, разрешение предъявления подобных требований в рамках повторяющихся обязательств, напротив, целесообразно, так как позволит избежать многочисленных разбирательств в отношении аналогичных требований, ясность в отношении которых может быть установлена еще в первом процессе.

В некоторых иностранных правовых порядках процессуальные кодексы предусматривают специальные положения относительно возможности судебной реализации будущих требований в ряде случаев и с рядом оговорок (например, Германия).

Какой же вывод из всего этого можно сделать? Следует признать обоснованным подход, согласно которому присуждение к предоставлению в судебном порядке по общему правилу допускается только тогда, когда срок исполнения уже наступил и кредитор требует принуждения к совершению просроченного исполнения.

Однако наличие общего правила может сочетаться с некоторыми исключениями, наличие которых может быть в ряде случаев вполне оправданно, например, в ситуациях, когда:

– срок исполнения еще не наступил, но должник заранее объявляет, что исполнять обязательство не будет или будущее неисполнение становится абсолютно очевидным. В такой ситуации удовлетворение иска о присуждении возможно, дабы кредитор мог получить обещанное предоставление с минимальной задержкой. В решении суда следует указать срок для исполнения. Такая возможность может допускаться по общему правилу тогда, когда требование не созрело в связи с ненаступлением срока (календарной даты или некоего иного обстоятельства, которое неизбежно наступит в будущем), но если речь идет об отлагательном условии, ситуация куда более спорная в свете того, что наше процессуальное право негативно смотрит на условные судебные решения;

– когда должник не исполняет некий длящийся договор, предполагающий пролонгированное исполнение (по месяцам, по частям и т.п.), в части одного из периодов или частей исполнения, а кредитор хочет

добиться того, чтобы должник не просто приступил к исполнению, но и далее не впадал в «рецидив», и есть основания полагать, что эти просрочки будут повторяться в будущем. Впрочем, удовлетворение такого иска можно обсуждать в контексте ситуаций, когда пролонгированное исполнение обязанности не обусловлено встречным исполнением со стороны истца.

Допустимость подобного требования (даже в описанных исключительных случаях) в рамках синаллагматических договоров длящегося характера, по которым исполнение ответчика соответствующей части или в отношении соответствующего периода обусловлено предшествующим исполнением со стороны истца (например, внесением авансов за очередной период поставки) — более спорный случай, так как здесь будет вынесено неминуемо условное решение (например, присуждение к поставке партий товара по графику при условии внесения истцом в будущем предварительной оплаты за каждую из них). Как мы уже отмечали, возможность вынесения таких условных решений в российском процессуальном праве (в отличие от права ряда зарубежных стран) ставится под сомнение. Теоретически такая возможность все-таки могла бы быть также оправданной, когда речь идет о взаимоотношениях с монополистом, периодически уклоняющимся от исполнения обязанностей (например, поставка электроэнергии). В частности, Президиум ВАС РФ допускал понуждение должника к исполнению договора энергоснабжения, предусматривающего поставку энергии в течение предстоящего года, причем ВАС РФ не выяснял, не предусматривает ли договор внесение авансов за каждый предстоящий месяц (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2002 г. № 7715/01). В таких ситуациях, однако, разумно требовать от истца представления доказательств того, что имеются веские основания полагать, что неисполнение со стороны поставщика повторится вновь.

Впрочем, все эти вопросы требуют серьезной проработки с участием специалистов в процессуальном праве.

*(к) Недопустимость понуждения к исполнению обязательства, предполагающего использование творческих навыков, способностей и мастерства*

Иск об исполнении в натуре должен также отклоняться, когда он направлен на принуждение гражданина к совершению действий, требующих использования им своих личных навыков, мастерства и творческих способностей (например, иск к артисту о принуждении к съемкам в кинофильме). Как указано в абзаце третьем п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «[к]редитор

не вправе также требовать по суду исполнения в натуре обязательства, исполнение которого настолько связано с личностью должника, что его принудительное исполнение будет нарушать принцип уважения чести и достоинства гражданина. Например, не подлежат удовлетворению требования о понуждении физического лица к исполнению в натуре обязательства по исполнению музыкального произведения на концерте». Более правильным было бы говорить о том, что такое присуждение будет непропорциональным прямым попранием личной свободы человека. Причины такого ограничения вполне понятны и имеют не только сугубо этическую природу, но и связаны с тем, что творчество, осуществляемое под угрозой уплаты штрафов, астрента или иных санкций, теряет свою истинную природу духовной стороны жизни человека. И здесь опять же неважно, может кредитор найти должнику замену или нет.

Известно это основание для отказа в иске об исполнении в натуре и многим зарубежным правовым порядкам, и международным актам унификации частного права (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права).

В своей последующей кассационной практике ВС РФ несколько расширил данное ограничение и по этому основанию отказал в удовлетворении иска об исполнении в натуре, заявленного не к гражданину, а к киностудии об исполнении обязательства по съемке фильма. В этом акте (Определение СКЭС ВС РФ от 14 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-7826) был сформулирован подход, согласно которому требование о реальном присуждении противоречит существу обязательства, если его исполнение предполагает использование творческого труда.

*(л) Невозможность понуждения к кредитованию и предоставлению займа по консенсуальному договору*

Судебная практика ВАС РФ последовательно отказывалась признавать возможность понуждения банка к предоставлению кредита по заключенному договору кредита, несмотря на консенсуальность такого договора и отсутствие у банка права произвольно отказаться от договора (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 и п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Судя по всему, если продолжать придерживаться такой позиции применительно к кредитам, аналогичный подход должен применяться и к консенсуальным договорам займа. Тогда заемщик, столкнувшийся с тем, что банк (или займодавец по консенсуальному займу) неправомерно уклоняется от предоставления займа и тем самым нарушает

свое обязательство, вправе лишь взыскивать убытки в связи с просрочкой, а также отказаться от договора в ответ на данное нарушение и взыскивать убытки по правилам п. 5 ст. 453 ГК РФ и ст. 393.1 ГК РФ вместо реального исполнения (в том числе убытки, рассчитанные по формулам конкретной и абстрактной ценовой разницы), но не может в судебном порядке понудить займодавца к предоставлению займа. Такое решение разделяется далеко не всеми правопорядками.

Нормативное основание для отказа в иске о понуждении к исполнению обязательства по кредитованию или предоставлению займа может быть при необходимости найдено в ст. 308.3 ГК РФ, которая допускает отказ в иске о понуждении к исполнению в натуре, когда это следует из существа отношений.

Но политико-правовая основа такого решения может вызывать споры. Возможно, логика здесь состоит в том, что нередко у займодавца (банка) могут возникнуть серьезные сомнения в отношении платежеспособности заемщика, но перспективы доказывания наличия таких оснований в суде в качестве обстоятельств, очевидно свидетельствующих о будущем невозврате займа, для обоснования отказа от договора в силу ст. 807 и 821 ГК РФ могут быть достаточно туманны (информация, например, может представлять собой неофициальный отчет службы безопасности банка о вовлечении руководства заемщика в преступную деятельность). Подобная информация может свидетельствовать о значительном повышении кредитного риска, но доказать эти сведения в суде может быть нелегко. В такой ситуации займодавец может быть готов возместить доказанные убытки заемщика, но не готов брать на себя риск предоставления займа (кредита). С учетом уязвимого положения займодавца (банка) на этапе до предоставления займа по консенсуальному договору займа (или кредита), возможно, такое решение и имеет под собой определенные основания. Тем не менее вопрос о целесообразности сохранения в судебной практике ограничительного подхода в отношении понуждения к предоставлению займов и кредитов может вызывать и вызывает серьезные разногласия.

Как бы то ни было, это ограничительное правило в любом случае должно рассматриваться как диспозитивное и допускающее возможность установления в договоре возможности судебного понуждения к предоставлению займа (кредита). Политико-правовая подоплека вышеописанного правила, выработанного в рамках судебной практики ВАС РФ, возможно, достаточна для признания его обоснованным, но явно не претендует на то, чтобы императивность такого правила была признана убедительным решением.

*(м) Проблема присуждения к исполнению «открывающего» обязательства по синаллагматическому договору*

Пункт 3 ст. 328 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому в договоре, предусматривающем встречное исполнение, ни одна из сторон не вправе требовать исполнения от другой стороны, не предоставив причитающегося с нее встречного исполнения. Как следует толковать данное положение закона?

Из него можно, в частности, вывести, что, если в договоре или законе не определена очередность обмена и, соответственно, нет ясности в вопросе, какая из сторон должна делать первый шаг (такая ситуация возникает, в частности, в случае заключения договора мены без условия об очередности обмена), каждая из сторон вправе легально не осуществлять свое исполнение, пока какая-либо из них не решится осуществить исполнение первой. Такой подход ранее отражался в российской судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2001 г. № 7601/00). При этом если одна из сторон желает выйти из данного тупика, зафиксировать просрочку на стороне контрагента и получить право истребовать исполнение от контрагента по суду, такие возможности открываются и тогда, когда эта сторона хотя и не исполнила свое обязательство первой, но предложила свое исполнение и столкнулась с нежеланием контрагента принять такое исполнение, т.е. с просрочкой кредитора (ст. 406 ГК РФ). Этот вывод следует из применения п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, а также из п. 3 ст. 157 ГК РФ. Так, например, если договор не предусматривает очередность обмена вещами по договору мены и возникает описанный тупик, одна из сторон может решиться сделать первый шаг и предложить контрагенту принять вещь. Если контрагент уклонится от получения вещи, пытаясь тем самым недобросовестно воспрепятствовать реализации предусмотренного в договоре обмена, первая сторона может заявить к нему иск об исполнении его части договорных обязательств в натуре при отсутствии оснований для применения тех или иных ограничений на такой иск, выводимых из закона, договора или существования обязательства (см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Соответственно, в данной ситуации до момента, когда одна из сторон договора мены, не предусматривающего очередность обмена, не исполнила свое обязательство первой или не попыталась это сделать, другая сторона не считается попавшей в просрочку и не несет ответственности за нарушение. А раз нет просрочки, то и невозможен иск о понуждении к исполнению обязательства. Это решение вытекает и из международных актов унификации частного права (п. 1 ст. III.—3:401 в системном единстве

со ст. III.—2:104 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 6.1.4 в системном единстве с п. 1 ст. 7.1.3 Принципов УНИДРУА).

Также из нормы п. 3 комментируемой статьи следует, что при наличии в законе или договоре четкой очередности взаимных исполнений сторона, которая должна была исполнить свое обязательство первой по очереди, не вправе, не осуществив положенное исполнение, требовать исполнения от другой стороны. В тех случаях, когда в договоре предусмотрено, что вторая сторона осуществляет свое исполнение только после осуществления предшествующего исполнения, такое требование будет преждевременным, поскольку основания для исполнения (срок исполнения) встречного обязательства просто не наступили.

В тех же случаях, когда четкая очередность обмена определена, но в договоре исполнение одной из сторон прямо не указано как условие для осуществления встречного исполнения (например, в договоре сроки исполнения обоих обязательств установлены в виде календарных дат), из предусмотренного в данном пункте положения следует, что требование об осуществлении последующего исполнения также не имеет оснований. Впрочем, аналогичный вытекает и из норм п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве приостановить встречное исполнение. Этот же вывод следует из положений п. 2 ст. 7.1.3 Принципов УНИДРУА и п. 1 ст. III.—3:401 Модельных правил европейского частного права.

Но норма п. 3 ст. 328 ГК РФ допускает и такую интерпретацию, при которой в случаях, когда в договоре или законе закреплена четкая очередность обмена, кредитор не может потребовать принудительного исполнения от стороны, обязанной осуществить свое исполнение первой по очереди (например, внести предоплату, передать товар с отсрочкой платежа, передать предмет аренды во владение и т.п.). При такой интерпретации в случае неполучения предшествующего исполнения сторона, обязанная осуществить последующее исполнение, может реализовать правомочия, предусмотренные в п. 2 ст. 328 ГК РФ (приостановить свое встречное исполнение или отказаться от договора), а также требовать возмещения убытков или уплаты неустойки, но не может истребовать непредоставленное исполнение в судебном порядке. Ранее намеки на такой подход обнаруживались в практике ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11). Потребовать же принудительного осуществления предшествующего исполнения при такой интерпретации можно, только если истец ранее решил осуществить свое встречное последующее исполнение досрочно, т.е. ранее, чем он должен был делать это по условиям сделки и положениям закона. В частности, если следовать такой интерпретации, по общему правилу невозможен иск о принудительном взыскании

с покупателя (заказчика) предоплаты или иск об истребовании недвижимости, которая подлежит передаче по договору на условиях отсрочки платежа, пока истец сам не осуществил свое встречное исполнение.

Иначе говоря, при данной интерпретации п. 3 ст. 328 ГК РФ превращается именно в правовое основание для ограничения доступности иска о понуждении к исполнению в натуре, ведь должник, обязанный к предшествующему исполнению, попадает в просрочку и несет ответственность за нарушение, но заставить его исполнить свое обязательство в натуре нельзя.

Против указанной интерпретации новой нормы п. 3 ст. 328 ГК РФ говорит проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, утвержденный Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (протокол от 26 января 2009 г. № 66). Согласно п. 2.9 разд. II проекта новелла, закрепленная в п. 3 ст. 328 ГК РФ, изначально была рассчитана разработчиками на ситуации, когда в законе или договоре четкая очередность обмена не закреплена (об этом см. выше). В то же время, несмотря на то что описанная выше интерпретация данной нормы, видимо, не предполагалась разработчиками, определенная логика в ней может быть обнаружена. Если должник по синаллагматическому договору не желает исполнять договор, а кредитор еще не осуществил встречное исполнение, в большинстве случаев наиболее адекватный сценарий развития событий состоит в расторжении договора, нахождении кредитором замены должнику и взыскании с последнего убытков (в том числе в виде разницы в ценах). В этом случае договор будет исполняться с тем, кто в этом реально заинтересован, что намного более разумно, чем принудительное затягивание должника в исполнение договора против его воли. Когда еще никто из сторон не исполнил своих обязательств, экономичнее допустить расторжение договора со взысканием убытков и не допускать принуждение должника к предоставлению коммерческого кредита (например, уплате предоплаты).

В п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд, по сути пересказав комментируемую норму, не подтвердил, но и не опроверг такую ее интерпретацию. Позднее в Определении СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840 Суд косвенно подтвердил эту интерпретацию. Но до сих пор полной ясности в данном вопросе на уровне практики применения п. 3 ст. 328 ГК РФ нет.

Если такое ограничение на иск об исполнении в натуре будет в российском праве окончательно признано на основе интерпретации п. 3 ст. 328 ГК РФ, данное правило должно в любом случае знать исключения, когда это предопределяется существом отношений или следует

из закона или договора. Так, например, в силу п. 3 ст. 611 ГК РФ, «[е]сли арендодатель не предоставил арендатору сданное внаем имущество в указанный в договоре аренды срок, а в случае, когда в договоре такой срок не указан, в разумный срок, арендатор вправе истребовать от него это имущество в соответствии со статьей 398 настоящего Кодекса и потребовать возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных его неисполнением». Трудно вообразить, что законодатель подразумевал, что арендатор, прежде чем подать такой иск, должен внести все свои арендные платежи наперед.

Кроме того, иск о взыскании с покупателя предоплаты или иск об истребовании вещи у продавца при наличии в договоре условия об отсрочке платежа следует признать допустимым, если у кредитора нет реальной возможности найти должнику замену, а также если расторжение договора и заключение альтернативного договора с другим контрагентом существенно затруднены. Так, например, в случае, когда покупатель (или заказчик по договору подряда) уклоняется от внесения предоплаты, а продавец (подрядчик) уже понес расходы на закупку заказанного покупателем товара, реализация которого третьим лицам затруднена, приобрел материалы или оборудование для выполнения работ или осуществил иные существенные инвестиции в подготовку исполнения именно по данному договору, иск о взыскании предоплаты должен судами поддерживаться. Близкое решение закреплено в ст. III.—3:301 Модельных правил европейского частного права.

Наконец, ничто не препятствует сторонам договора согласовать условие о праве кредитора требовать от должника исполнения по суду в отступление от обсуждаемого общего правила (например, право на взыскание с покупателя предоплаты). Это следует из п. 4 ст. 328 ГК РФ, который прямо указывает на то, что положения ст. 328 ГК РФ (следовательно, и п. 3 этой статьи) диспозитивны, а также п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Позднее по одному из дел ВС РФ однозначно подтвердил диспозитивность правила п. 3 ст. 328 ГК РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840).

Если указанное ограничение на присуждение к исполнению в натуре будет окончательно поддержано судебной практикой, потребует разрешения одна важная проблема. Сторона, обязанная осуществить последующее исполнение (т.е. исполнить договор второй по очереди), может решить осуществить свое исполнение первой, чтобы заслужить право истребовать встречное исполнение. В такой ситуации эта сторона фактически предлагает изменить закрепленную в договоре или законе



очередность исполнения. По общему правилу в силу ст. 315 ГК РФ навязывание кредитору досрочного исполнения в коммерческих отношениях невозможно. Соответственно, встает вопрос о том, как быть, если другая сторона отказывается давать свое согласие на принятие досрочного исполнения. Ответ на этот вопрос вытекает из п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не может извлекать выгоду из своего недобросовестного или неправомерного поведения. Сторона, отказывающаяся принимать досрочное встречное исполнение, до этого сама нарушила свое обязательство (например, не внесла предоплату) и теперь упорствует в своем нежелании реализовывать предусмотренный договором обмен, уклоняясь от предложенного ей досрочно встречного исполнения. Такое поведение никак нельзя назвать добросовестным. Соответственно, в случае уклонения от получения досрочно предложенного встречного исполнения эта сторона может быть принуждена к исполнению своего обязательства (например, принуждена по суду к уплате предоплаты). Аналогичный вывод можно обосновать и путем применения по аналогии п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления условия при недобросовестном препятствовании одной из сторон наступлению условия (в данном случае — условия для осуществления оплаты). Таким образом, для получения права истребовать исполнение необходимо как минимум предложить встречное исполнение.

В принципе, намек на возможность использования правила п. 3 ст. 157 ГК РФ в контексте проблемы препятствования одной из сторон договора наступлению условия, к которому привязан срок исполнения ее обязательства, сделан в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

*(н) Противоречие публичным интересам*

В одном акте ВС РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 4 июля 2019 г. № 305-ЭС18-22976) встречается указание на то, что основанием для отказа в удовлетворении иска о понуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре может быть противоречие публичным интересам. Суд указал, что «характер вещей, передаваемых по договору (вещи, образующиеся в результате деятельности воинских частей в ракетной и космической промышленности), свидетельствует о невозможности понуждения к исполнению указанного обязательства в натуре, поскольку это может противоречить публичным интересам (безопасность, обороноспособность, сохранение в тайне определенных технологий)». Впрочем, идея о том, что добровольная передача вещей, предусмотренная договором законна и публичные интересы не нарушает, а та же передача на основании судебного акта будет нарушать публичные интересы, может показаться спорной. Если же порочен сам

договор, то вопрос о допустимости присуждения в натуре снимается сам собой.

Но в целом исключить какие-то ситуации, когда принудительное исполнение обязательств в натуре может обоснованно блокироваться соображениями защиты публичного интереса, нельзя.

*(о) Возражение о правомерном удержании*

Притязание об истребовании у должника вещей, подлежащих передаче кредитору, будет оставлено без удовлетворения, если названное имущество правомерно удерживается должником (ст. 359 ГК РФ).

*(н) Просрочка кредитора*

Помимо этого, от должника недопустимо требовать совершения каких-либо действий, если возможность их осуществления поставлена в зависимость от исполнения кредитором своих первоначальных обязательств, которые к моменту рассмотрения спора не были выполнены (ст. 406 ГК РФ). Обоснование достаточно простое: при просрочке кредитора в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ нет просрочки должника, т.е. нет факта нарушения обязательства. А если должник не нарушает обязательство, то кредитор и не может прибегнуть к такому способу защиты своего права, как понуждение к исполнению обязанности в натуре.

Впрочем, здесь можно допустить исключения для случаев, когда исполнение кредиторской обязанности неактуально для случая принудительного исполнения решения. Если, например, кредитор подал иск о взыскании долга, а должник заявляет о том, что он не платил из-за невыставления кредитором счета на оплату, к которому была привязана оплата, вряд ли есть основания для отказа в иске. Ведь для взыскания долга наличие у приставов сведений о банковском счете взыскателя не является препятствием — оно является условием для получения взыскателем сумм, которые списаны со счета должника или получены в результате обращения взыскания на иное имущество должника.

*(р) Злоупотребление правом как основание для ограничения иска*

Выше уже приводился ряд примеров того, как блокировка иска о присуждении к исполнению в натуре происходит не в силу специальных указаний закона, существования обязательства или условий договора, а в силу применения запрета на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Но перечислить все возможные примеры исчерпывающим образом попросту невозможно.

Так, примером злоупотребления правом может выступать заявление заказчиком требования об обязанности подрядчика организовать выдачу в пользу заказчика банковской гарантии за несколько месяцев

до истечения гарантийного периода, когда в момент предъявления иска очевидно, что судебное разбирательство завершится уже после истечения срока, охватываемого банковской гарантией.

Кроме того, очевидным злоупотреблением является попытка понудить должника передать в натуре имущество, которое кредитор в силу закона или договора должен будет немедленно вернуть.

*(с) Пропуск разумного срока на предъявление иска о понуждении к исполнению в натуре*

Также надо выделить еще одно условие удовлетворения данного иска, не упомянутое в ст. 308.3 ГК РФ, а также вытекающее из принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом. Речь идет о том, что иск о принуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре должен быть заявлен в разумный срок после того, как кредитор узнал или должен был узнать о нарушении договора. Это условие связано с тем, что иначе создавалась бы крайне длительная (до трех лет) неопределенность в отношении перспектив выбора кредитором такой несколько экзотичной стратегии защиты, как принуждение должника к исполнению неденежного обязательства в натуре. Например, если покупатель выявляет дефект в поставленной продукции, своевременно уведомляет об этом продавца, но предъявляет иск об устранении дефекта или о замене товара по прошествии двух лет после этого, такое поведение покупателя может быть признано злоупотреблением правом. Если кредитор не воспользовался своим правом на подачу иска о присуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре в течение разумного срока, он сохраняет право на расторжение договора, возврат предоплаты и взыскание убытков. При этом к искам о взыскании денежного долга такое ограничение, естественно, не применяется.

Данное правило хорошо известно зарубежному праву (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 4 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права). Но пока в судебной практике российских высших судов подтверждения применения такого ограничения не обнаруживается.

***7.5. Универсальный гибкий критерий определения допустимости иска об исполнении в натуре неденежного обязательства при отсутствии абсолютных препятствий к удовлетворению иска***

Но что, если указанные в п. 7.4 комментария к настоящей статье абсолютные препятствия отсутствуют? Означает ли это, что иск должен удовлетворяться? Как минимум в отношении требования о присуждении к исполнению в натуре неденежного обязательства не стоит торопиться с выводами.

Ключевой тест на соответствие иска об исполнении в натуре неденежного обязательства существу такого обязательства, как представляется, состоит в следующем. Такой иск в отступление от общего правила должен быть отклонен, если а) должник по неденежному обязательству без значительных затруднений может быть заменен кредитором, и при этом б) принудительное исполнение решения суда в случае его удовлетворения будет невозможно или затруднительно обеспечить без участия ответчика.

Если в предмет обязательства должника входили передача индивидуально-определенной вещи (например, недвижимости) или некоего родового товара, наличествующих у ответчика, переоформление акций, доли в ООО, патента или товарного знака, приставы-исполнители или сам кредитор вполне могут обеспечить исполнение решения и без участия ответчика (наличествующая у ответчика индивидуально-определенная вещь будет отображена по правилам ст. 398 ГК РФ, имеющийся у ответчика на складе товар будет также изъят и передан истцу, доля в ООО переоформлена на покупателя в ЕГРЮЛ, акции – в реестре акционеров, патенты или товарные знаки – в соответствующих реестрах). Соответственно, в таких случаях заменимость должника не имеет особого значения, и у кредитора по общему правилу при отсутствии иных оснований для отклонения такого иска есть право требовать исполнения обязательства в натуре. То же касается и исков о понуждении к волеизъявлению, так как здесь решение суда вовсе не подлежит исполнению, а просто заменяет собой волеизъявление.

Но в ряде иных случаев вынесение решения об исполнении в натуре будет означать, что пристав-исполнитель станет под угрозой тех или иных штрафных санкций (публичных штрафов и судебной неустойки) принуждать ответчика совершить требуемые от него действия, так как исполнить решение без участия ответчика невозможно. Суть описанного здесь критерия состоит в том, что в подобных случаях, когда исполнение неденежного обязательства невозможно без участия должника, при незаменимости должника такой иск должен удовлетворяться, а при заменимости – отклоняться. Незаменимость имеет место тогда, когда кредитор не может эффективно защитить свой позитивный интерес, обратившись к третьему лицу и взыскав понесенные убытки (например, ценовую разницу) с должника. Как справедливо указано в абзаце четвертом п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, при оценке адекватности иска об исполнении обязательства в натуре существу обязательства судам следует исходить из того, что «[н]е может быть отказано в удовлетворении иска об исполнении

обязательства в натуре в случае, когда надлежащая защита нарушенного гражданского права истца возможна только путем понуждения ответчика к исполнению в натуре и не будет обеспечена взысканием с ответчика убытков за неисполнение обязательства, например, обязанностей по представлению информации, которая имеется только у ответчика, либо по изготовлению документации, которую правомочен составить только ответчик». Соответственно, там, где отсутствует адекватный развитый рынок и кредитор не может удовлетворить свой позитивный интерес, реализовав его за счет заключения договора с третьим лицом (другим контрагентом), суды должны склоняться к удовлетворению такого рода исков, несмотря на то что исполнение решения потребует участия самого ответчика (если, конечно, отсутствуют указанные выше абсолютные основания для отклонения данного иска). Но при заменимости должника и наличии у кредитора возможности без труда заключить аналогичную сделку с третьим лицом и защитить свой интерес за счет взыскания убытков право не должно допускать удовлетворение таких исков о принуждении.

Это ограничение связано с реализацией принципа эффективности правосудия. Нет смысла поощрять подачу исков о присуждении к исполнению в натуре, которые повлекут в случае их удовлетворения значительные сложности на стадии исполнительного производства, потребуют интенсивного вовлечения приставов-исполнителей в процесс контроля над исполнением решения, породят новые раунды споров (о качестве предоставления, осуществляемого должником под принуждением, и т.п.), если кредитор может легко заключить заменяющую сделку с третьим лицом и взыскать с должника убытки в виде ценовой разницы или абстрактные убытки по правилам ст. 393.1 ГК РФ, которые при этом будет в данном случае достаточно легко доказать.

#### ***7.6. Допустимость удовлетворения требования об исполнении различных типов неденежных обязательств***

Применение указанных выше ограничений и оценочных критериев дает следующие результаты применительно к разным видам неденежных обязательств.

*(а) Иски о передаче в натуре недвижимости, документов или иной индивидуально-определенной вещи, наличествующей у ответчика*

Такие иски могут удовлетворяться по правилам ст. 398 ГК РФ при отсутствии указанных в п. 7.4 комментария к настоящей статье абсолютных оснований для отказа в них. Условием удовлетворения данного иска является нахождение истребуемой вещи у ответчика. При этом бремя доказывания отсутствия индивидуально-определенной вещи у ответчика лежит на последнем.

Допустимость такого иска объясняется тем, что здесь в большинстве случаев исполнение решения возможно без участия ответчика (путем отобрания с применением приставами силы), а в тех случаях, когда без ответчика обойтись затруднительно (например, истребование документов), нередко для кредитора заменить должника достаточно сложно.

Там, где уникальная вещь не создана, можно теоретически обсудить иск о понуждении к выполнению работ по ее созданию, но не о ее истребовании в натуре. Иск же о понуждении к созданию вещи в подавляющем большинстве случаев должен отклоняться даже при уникальности должника, так как это противоречит ограничению, указанному в п. 7.4 комментария к настоящей статье (запрет на принуждение к некой пролонгированной деятельности, требующей супервизии со стороны приставов). Это прямо указано в п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 применительно к строительству здания (сооружения).

Там же, где уникальная вещь принадлежит третьему лицу, можно обсуждать не иск об отобрании вещи, а иск о понуждении к согласованию приобретения вещи у третьего лица с последующей передачей истцу. Но такой иск должен также по общему правилу отклоняться в силу ограничений, указанных в п. 7.4 комментария к настоящей статье, как минимум если соответствующее третье лицо отказывается продавать свое имущество должнику. О невозможности понуждения продавца к приобретению отсутствующей у него недвижимости у третьего лица для последующей передачи истцу говорит и п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54.

Если объектом отчуждения является находящаяся у должника на праве собственности недвижимость, кредитор, которому данная недвижимость должна была быть передана в собственность, вправе соединить требование об отобрании недвижимости по ст. 398 ГК РФ с требованием о принудительной регистрации перехода права собственности по ст. 551 ГК РФ (см. п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Там же указано, что, если покупателю недвижимая вещь уже передана во владение, но продавец уклоняется от перерегистрации права собственности в ЕГРН, покупатель может на основании ст. 551 ГК РФ потребовать лишь регистрации перехода права собственности в судебном порядке. По сути, оба взаимосвязанных требования реализуют позитивный договорный интерес кредитора в реальном исполнении.

Если речь идет об истребовании недвижимости и у ответчика ее нет в принципе (она не построена или принадлежит третьему лицу),

отклоняется как иск об отобрании недвижимости, так и требование о регистрации перехода права собственности (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54, п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

Нахождение недвижимой вещи во владении третьего лица, которому продавец передал вещь в аренду, исключает возможность истребования вещи в натуре как у продавца, так и у такого арендатора, но не исключает право покупателя потребовать регистрации перехода права собственности (п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). В п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 на этот счет указано, что по смыслу статьи 398 ГК РФ «передача индивидуально-определенной вещи, в частности, в аренду... не препятствует удовлетворению требования кредитора — приобретателя этой вещи к должнику-отчуждателю об исполнении обязательства передать вещь в собственность. В таком случае к участию в деле привлека[е]тся арендатор...» Очевидно, что при передаче должником обещанной кредитору недвижимости арендатору кредитор не может требовать отобрания недвижимости у арендатора (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). Поэтому под упомянутым в вышеуказанном Постановлении требовании о передаче вещи в собственность скрывается иск о регистрации перехода права собственности на недвижимость по ст. 551 ГК РФ. При этом принудительная регистрация перехода права собственности права арендатора не затронет, так как в силу ст. 617 ГК РФ, закрепляющей принцип следования арендных отношений за правом собственности на арендованную вещь, произойдет замена арендодателя. Иначе говоря, покупатель приобретет право собственности на вещь, обремененную арендой. Покупатель должен смириться с этим и может защищать свои права, предъявляя договорные иски к продавцу (отказ от договора, возврат уплаченной цены, взыскание убытков и т.п.)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Единственным исключением из правила о применении принципа следования может являться ситуация, когда договор аренды недвижимости, подлежащий государственной регистрации (например, аренда здания или земельного участка на срок один год и более), не был зарегистрирован. В силу п. 3 ст. 433 ГК РФ и судебной практики его применения такой незарегистрированный договор аренды не порождает правовых эффектов для добросовестных третьих лиц, не знавших и не имевших основания знать о такой аренде из иных источников. Это означает и блокирование применения ст. 617 ГК РФ о принципе следования в отношении таких добросовестных покупателей (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). При такой интерпретации недвижимая вещь может быть истребована у арендатора новым собственником,

Если в аренду сдана движимость, покупатель также не вправе истребовать вещь у арендатора в силу ст. 617 ГК РФ, но если по условиям договора купли-продажи право собственности переходило с момента передачи покупателю вещи, а такая передача не происходит в силу нахождения вещи у арендатора, покупатель вправе потребовать признания права собственности на вещь, перешедшую к нему. Не мешает истребованию движимой вещи в натуре то, что она находится на хранении у третьего лица (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Но если она отсутствует во владении ответчика в принципе, иск о ее истребовании по ст. 398 ГК РФ подлежит отклонению (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Что, если истребуемая вещь физически существует и находится во владении ответчика, но не принадлежит ему на праве собственности? Такая ситуация нередко бывает в случае с недвижимостью, которая построена застройщиком, введена в эксплуатацию, но право собственности на нее не оформлено. Из ст. 398 ГК РФ и п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 при их буквальном прочтении может следовать вывод о том, что должны отклоняться как требование об отобрании вещи по ст. 398 ГК РФ, так и требование о регистрации перехода права собственности по ст. 551 ГК РФ. Здесь следует сделать оговорку: как уже отмечалось, действительно, отсутствие у ответчика и зарегистрированного права собственности, и самого владения объектом, безусловно, является основанием для отклонения иска об истребовании недвижимости и регистрации перехода права собственности, однако если недвижимость находится во владении ответчика, имеются все основания для регистрации

---

не знавшим и не имевшим основания знать о наличии арендатора. В то же время теоретически возможно и более гибкое решение проблемы незарегистрированной аренды. Как известно, для аренды здания (сооружения) или земельного участка сроком менее года регистрация вовсе не обязательна, и отсутствие регистрации в такой ситуации само по себе не отменяет действие ст. 617 ГК РФ. Таким образом, очевидно, что законодатель считает приемлемой ситуацию, когда покупатель недвижимости может приобрести недвижимость, обремененную краткосрочной арендой, не зная об этом. Видимо, он считает, что при таком сроке аренды интересы покупателя страдают не столь сильно. С учетом этого, возможно, было бы логично не отменять принцип следования при отсутствии регистрации долгосрочной аренды здания (сооружения) или земельного участка и не давать покупателю право немедленно после покупки требовать отобрания вещи у арендатора, а вместо этого признать вхождение добросовестного покупателя вопреки его воле в договорные отношения с арендатором, но предоставить покупателю право отказаться от договора аренды по истечении года. Если когда-нибудь в нашей судебной практике будет реализован этот подход, вопрос о праве покупателя истребовать вещь у арендатора отпадет сам собой, так как их отношения перейдут в сугубо договорную плоскость.



права на нее за ответчиком, но тот за регистрацией не обращается, это не должно препятствовать удовлетворению иска об отобрании недвижимости и регистрации перехода права. Схожий подход подержан в п. 53 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 в ситуации обращения взыскания на незарегистрированную недвижимость должника. Согласно указанному положению судебный пристав-исполнитель вправе оспорить приостановление и отказ в государственной регистрации права собственности должника на имущество. Если от должника невозможно получить запрошенные и необходимые для государственной регистрации его права на недвижимое имущество документы, судебный пристав-исполнитель может обратиться в уполномоченные органы за оформлением таких документов. Было бы логично, чтобы суд в данной ситуации требовал первичной регистрации права за ответчиком с одновременным внесением записи о регистрации перехода права собственности к истцу. Менее удачная, но в целом приемлемая альтернатива — вынесение преобразовательного решения о принудительной регистрации права собственности сразу за истцом. Также следует иметь в виду, что согласно ст. 16 Закона об участии в долевом строительстве и ст. 48 Закона о государственной регистрации недвижимости право собственности на соответствующий объект недвижимости сразу же регистрируется за участником долевого строительства, поэтому отсутствие регистрации права за застройщиком не является препятствием для удовлетворения иска об истребовании объекта и (или) первичной регистрации права собственности за истцом. О проблеме предъявления покупателем или участником долевого строительства вещного иска о признании права собственности вместо обязательственного иска о присуждении к исполнению в натуре см. п. 2 комментария к настоящей статье.

Если продавец заключил несколько договоров купли-продажи в отношении одного и того же недвижимого имущества, суд удовлетворяет иск о государственной регистрации перехода права собственности того лица, во владение которого передано это имущество применительно к ст. 398 ГК РФ. Иные покупатели вправе требовать только возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи продавцом. Если вещь еще никому не передана во владение, удовлетворяется иск об истребовании вещи того покупателя, требование которого возникло раньше. Если очередность возникновения обязательств по каким-то причинам невозможно установить (например, в силу того, что обязательства должника по передаче вещи разным кредиторам возникли в один и тот же день), приоритет имеет тот кредитор, который первым предъявил иск. Здесь в контексте «двойной продажи» возни-

кает множество вопросов, которые обсуждаются в рамках комментария к ст. 398 ГК РФ в другом томе серии #Глосса<sup>1</sup>.

*(б) Иски о передаче покупателю доли в ООО, акций, патентов или товарных знаков и иных имущественных прав, учитываемых в тех или иных реестрах*

Удовлетворение такого иска вполне возможно, поскольку исполнение решения возможно без участия ответчика (переоформление прав в соответствующем реестре), если отсутствуют указанные в п. 7.4 комментария к настоящей статье абсолютные основания для отказа в иске. Акции или облигации будут переоформлены на покупателя в соответствующем реестре (п. 4 ст. 149.2 ГК РФ), доли будут переоформлены на кредитора в ЕГРЮЛ (п. 11 ст. 21 Закона об ООО). По идее, то же должно происходить и в отношении регистрируемых исключительных прав: они должны подлежать переоформлению в соответствующих реестрах объектов исключительных прав.

*(в) Иски о переводе нерегистрируемых имущественных прав на кредитора*

Согласно п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 в договоре, на основании которого производится уступка, может быть также предусмотрено, что требование перейдет в момент совершения отдельного соглашения, непосредственно оформляющего уступку (отдельного двустороннего документа о переходе требования). Если cedent уклоняется от подписания такого документа, исполнивший свои обязанности цессионарий вправе требовать перевода права на себя. Из приведенного разъяснения видно, что понуждение должника к уступке права возможно. Такое требование можно отнести к требованиям, предполагающим волеизъявляющее судебное решение. Вступление в силу решения суда о переводе прав на истца заменяет распорядительное волеизъявление должника, которое cedent обязался совершить, но не совершил. Соответственно, право перейдет с момента вступления в силу решения суда.

Тот же подход применим и к иным нерегистрируемым имущественным правам, если согласно закону или договору уступка таких прав должна была происходить на основании отдельного распорядительного волеизъявления.

Но что, если требуемого права у ответчика нет? Это, конечно же, является однозначным основанием для отклонения иска о переводе

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 678–688 (автор комментария к ст. 398 – А.Г. Карапетов).

имущественного права на истца. Но если данное право может быть приобретено у третьего лица без каких-либо затруднений и должник даже не пытался этого сделать, суд, видимо, может удовлетворить иск не о переводе права, а о понуждении должника к совершению действий по приобретению права у третьего лица и его передаче истцу. Однако это возможно, только если для кредитора должник незаемим (п. 7.5 комментария к настоящей статье), и при этом должник не представил доказательств того, что третье лицо отказывается от отчуждения ему данного права. Так, например, в одном деле ВС РФ удовлетворил иск о понуждении cedenta к передаче цессионарию отсутствующего у cedenta права требования (Определение СКГД ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54). Обоснованием такого подхода может, вероятно, служить тот факт, что, исходя из материалов этого дела, было очевидно: для получения права требования cedенту нужно было совершить только одно действие – оплатить задолженность за некое третье лицо, что автоматически наделило бы cedenta статусом кредитора и создало все условия для уступки права.

*(г) Иски о понуждении к заключению договора или совершению иного волеизъявления*

Такие иски не требуют исполнительного производства на случай их удовлетворения, поскольку судебное решение заменяет собой требуемое волеизъявление. Согласно п. 4 ст. 445 ГК РФ договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда. При этом дополнительных действий сторон (подписание двустороннего документа, обмен документами, содержащими оферту и ее акцепт, и т.п.) не требуется (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Аналогичный подход был поддержан еще в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 4408/11. Согласно же п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 исполнительный лист не выдается по спорам о понуждении к заключению договора. Соответственно, удовлетворение такого иска возможно даже при заменимости должника.

Обязательство заключить договор может вытекать либо из федерального закона, либо из добровольно принятого обязательства, например из заключенного сторонами предварительного договора (п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49).

Требование о понуждении к заключению договора может быть заявлено вне зависимости от того, уклоняется ли обязанное лицо от заключения договора в целом или имеются разногласия в отношении некоторых условий договора (Постановление Президиума ВАС РФ

от 31 января 2012 г. № 11657/11, Определение СКЭС ВС РФ от 21 апреля 2016 г. № 302-ЭС16-4516, п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49).

Спорным является вопрос о возможностях суда осуществлять корректировку условий договора, содержащихся в просительной части иска. Например, если несогласованным условием является стоимость продаваемого объекта и истец предлагает определенную цену, в то время как все доказательства свидетельствуют о том, что цена должна быть в три раза выше. Должен ли суд отказать в удовлетворении иска, или он может удовлетворить его в части понуждения к заключению договора, но на условиях, которые суд сочтет наиболее правильными? Определенные возможности для маневра предоставлены суду в п. 39 и 40 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49. Так, суд вправе вынести вопрос о редакции условий на обсуждение сторон; суд также вправе принять решение об утверждении редакции условий, отличной от предложенных сторонами. Как представляется, если суд выносит решение об утверждении редакции договора, отличной от той, что была предложена истцом, и у последнего отсутствует обязанность заключать договор, такое лицо должно иметь возможность отказаться от такого договора (с учетом того, что решение замещало не волю истца, а волю ответчика, обязанного заключить договор в силу договора или закона). Несколько иной подход представлен в Определении СКЭС ВС РФ от 29 августа 2019 г. № 307-ЭС19-3613: Суд указал, что при вынесении решения об урегулировании разногласий и о понуждении к заключению договора на условиях, на которые не соглашалось лицо, не обязанное заключать договор, подобное решение не влечет последствий, установленных п. 4 ст. 445 ГК РФ, т.е. не приводит к заключению договора. Этот подход противоречит п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49, в котором прямо указано, что как при понуждении к заключению договора, так и при урегулировании судом разногласий «суд в резолютивной части решения указывает условия этого договора, который считается заключенным на этих условиях с момента вступления в законную силу решения суда (пункт 4 статьи 445 ГК РФ), и при этом «дополнительных действий сторон (подписание двустороннего документа, обмен документами, содержащими оферту и ее акцепт, и т.п.) не требуется». Как представляется, вариант с признанием договора заключенным в момент вступления в силу решения суда и предоставлением стороне, не обязанной заключать договор, инициировавшей спор, не согласной с определенными судом условиями, права в некий разумный срок отказаться от договора более предпочтителен.

Ряд значимых выводов применительно к реализации требования о понуждении к заключению договора сделан также в Определении СКЭС ВС РФ от 31 января 2017 г. № 306-ЭС16-9493.

Во-первых, Судебная коллегия обратила внимание на существование и предмет обязательства, которое возникло бы в случае удовлетворения требования о понуждении победителя торгов к заключению договора (договор купли-продажи лесных насаждений). Установив, что заключение договора в данном случае предполагало не просто оплату и принятие товара покупателем от продавца, а осуществление специфической деятельности по природопользованию в течение определенного в аукционной документации периода, Судебная коллегия сочла недопустимым понуждение ответчика к заключению договора. Данную позицию можно истолковать таким образом. ВС РФ мог иметь в виду, что понуждение к заключению договора исключается в тех ситуациях, когда обязательство ответчика по основному договору в случае его заключения будет носить такой характер, что понуждение к его исполнению в натуре будет исключено (в данном случае – в силу того, что такое принуждение приведет к возникновению длительных отношений между кредитором и не желающим исполнять обязательство должником, что неэффективно и неразумно).

Во-вторых, СКЭС ВС РФ пришла к выводу, что требование о понуждении заключить договор купли-продажи лесных насаждений, срок действия которого истек на день вынесения решения, не подлежит удовлетворению, поскольку заключение договора на прошедший период противоречит общим принципам гражданского законодательства, не предусматривающим совершение действий в прошедшем времени. Суд указал, что установление обязательства по совершению каких-либо действий в прошедшем периоде времени в принципе невозможно.

В качестве еще одной ситуации, когда речь идет о понуждении к волеизъявлению, возможно привести пример, когда ответчик отказывается подписать акт о реализации инвестиционного проекта. Такие действия препятствуют инвесторам в оформлении прав на объект, в строительство которого они вложили свои средства. В подобных делах кредиторы заявляют иски о понуждении публично-правового образования (стороны инвестиционного контракта) подписать акт о результатах инвестиционного проекта. Как отмечено в Постановлении Президиума ВАС РФ от 4 июня 2013 г. № 1276/13 и Определении ВС РФ от 7 декабря 2017 г. № 310-ЭС17-12472, иск о понуждении к исполнению этого обязательства является надлежащим способом защиты нарушенных прав кредиторов. В случае его

удовлетворения суд, руководствуясь нормами закона, применимыми к отношениям сторон, и условиями заключенного инвестиционного контракта, указывает в судебном акте результат раздела между сторонами созданного инвестиционного объекта (помещений в созданном объекте или доли в праве собственности на него). Такой судебный акт, вступивший в законную силу, представляется вместо акта о реализации инвестиционного проекта для регистрации права собственности его участников на указанные в нем объекты.

*(д) Иски о передаче информации или документации*

Такие иски могут удовлетворяться, если кредитор не может легко получить необходимую ему информацию или документацию из другого источника. В данном случае иск должен удовлетворяться, несмотря на то что исполнение такого решения нередко невозможно без участия ответчика.

В п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 приводятся два примера, в которых взыскание с ответчика убытков не сможет в полной мере восстановить нарушенное право кредитора, и суды должны склоняться к удовлетворению иска об исполнении в натуре:

- 1) неисполнение обязанности по предоставлению информации, которая имеется только у ответчика;
- 2) нарушение обязанности по изготовлению документации, которую правомочен составить только ответчик.

Как видно из названных ситуаций, ВС РФ в обоих случаях использует одно общее основание: истец не имеет возможности заключить заменяющую сделку.

Исходя из российской судебной практики, подобные обстоятельства возникают, во-первых, когда должник выступает в качестве единственного исполнителя в определенной сфере; во-вторых, когда вследствие уже имеющихся отношений между кредитором и должником исполнение конкретной обязанности не может быть реализовано каким-либо третьим лицом.

К типовым ситуациям, отражающим данный подход, можно отнести следующие:

- участник или акционер юридического лица требует у общества предоставления внутренних документов (например, документов, подтверждающих права общества на имущество, находящееся на его балансе; протоколов общих собраний, заседаний совета директоров общества, ревизионной комиссии общества и т.д.);
- общество обращается к бывшему генеральному директору с требованием о передаче внутренних документов юридического лица;

– вновь избранная управляющая организация требует от прежней управляющей организации передать техническую документацию на многоквартирный дом и иные документы, связанные с управлением таким домом;

– цессионарий требует от cedenta передачи документов, удостоверяющих права требования к должнику.

Споры о понуждении к передаче информации и документов нередко имеют свои особенности, предполагающие включение в орбиту исследования дополнительных вопросов, подлежащих проверке судом. В частности, в соответствии с п. 4 ст. 91 Закона об АО в требовании акционера (акционеров), владеющего менее чем 25% голосующих акций общества, о предоставлении документов и информации, предусмотренных п. 2 и 3 настоящей статьи, должна быть указана деловая цель, с которой запрашиваются документы. При этом по общему правилу в остальных случаях, в том числе при истребовании документов в ООО, доказывание наличия деловой цели не требуется (п. 1 Информационного письма ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 144).

*(е) Иски о принуждении к выполнению работ или услуг*

Такие иски вызывают особый интерес. Ранее иногда суды ставили под сомнение саму возможность требовать в судебном порядке выполнения работ или оказания услуг (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 7 марта 2000 г. № 3486/99). Нередко суды рассуждали так: на случай неисполнения должником обязательств по оказанию услуг или выполнению работ ст. 397 ГК РФ закрепляет за кредитором право по своему усмотрению в разумный срок поручить выполнение обязательства третьему лицу за разумную цену либо выполнить его своими силами и потребовать от должника возмещения расходов и других убытков.

Представляется, что такой грубый подход не вполне соответствует описанному в п. 7.5 комментария к настоящей статье критерию. В ряде случаев принуждение к исполнению обязательств такого рода для заказчика не имеет адекватных альтернатив из-за ограниченной конкуренции на рынке. В данной ситуации подобные иски должны все же удовлетворяться без оглядки на сложности в обеспечении принудительного исполнения (если при этом отсутствуют указанные в п. 7.4 комментария к настоящей статье абсолютные основания для их отклонения). Поэтому логично исходить из того, что ст. 397 ГК РФ сама по себе не лишает кредитора возможности по своему выбору потребовать от должника исполнения его обязательства в натуре с учетом изложенных выше ограничений. Эти вполне очевидные положения закреплены в п. 24 и 25 Постановления Пленума ВС РФ

от 24 марта 2016 г. № 7 и нередко встречаются в практике высшей инстанции по конкретным делам (Определение ВС РФ от 24 октября 2017 г. по делу № 308-ЭС17-8172 (об исполнении обязательства по восстановлению пункта геодезической сети)).

*(ж) Иски о принуждении к устранению дефектов в переданном товаре или выполненных работах*

Судебная практика такие иски в ряде случаев допускает. Так, например, удовлетворялись иски покупателей (заказчиков) о принуждении продавца (подрядчика) к устранению дефектов в переданной вещи или результате выполненной работы (Определение СКГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 4-КГ15-70; постановления Президиума ВАС РФ от 28 июля 2011 г. № 3024/11, от 2 апреля 2013 г. № 17195/12). Это вполне соответствует описанному в п. 7.5 комментария к настоящей статье критерию в тех случаях, когда защита покупателя (заказчика) посредством поручения выполнения работ по устранению дефектов третьим лицам невозможна или затруднительна и у покупателя (заказчика) есть охраняемый законом интерес защищать свое право посредством принуждения именно должника к устранению дефектов. Такая ситуация, например, имеет место тогда, когда поставщик является эксклюзивным дистрибьютором, уполномоченным на ремонт поставленной техники, а привлечение неавторизованных ремонтных компаний может быть опасным или может повлечь утрату права по гарантии. Также, видимо, можно привести в качестве еще одной иллюстрации договор, заключенный на торгах. Привлечение сторонней ремонтной компании может быть достаточно проблематичным в связи с необходимостью проведения новых специальных торгов.

Но если истец вполне мог бы поручить устранение дефектов третьему лицу и его позитивный интерес в таком случае существенно не пострадает, в удовлетворении подобного иска следует отказывать. Истец должен в такой ситуации поручать исправление третьим лицам и защищать свой позитивный интерес за счет взыскания убытков.

*(з) Принуждение к передаче родовых вещей*

Такое требование тоже в ряде случаев может быть допущено, но здесь требуется соблюдение ряда условий.

Судебная практика (постановления Президиума ВАС РФ от 24 июня 2003 г. № 3260/03, от 8 февраля 2002 г. № 2478/01 и от 23 февраля 1999 г. № 5033/98) долгие годы исходила из того, что иск о поставке товара в натуре должен быть отклонен, если истец не доказал фактическое наличие истребуемого товара у ответчика.

Но Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 изменило практику. Согласно абзацу второму п. 23 этого Постановления «от-



сутствие у должника того количества вещей, определенных родовыми признаками, которое он по договору обязан предоставить кредитору, само по себе не освобождает его от исполнения обязательства в натуре, если оно возможно путем приобретения необходимого количества товара у третьих лиц...». Ключевое значение здесь имеет фраза «само по себе». Представляется, что здесь ВС РФ имел в виду, что сам факт отсутствия у должника требуемых товаров недостаточен для однозначного вывода о невозможности удовлетворения иска о присуждении к исполнению в натуре. Согласно описанному в п. 7.5 комментария к настоящей статье двухступенчатому тесту отсутствие товара у ответчика означает лишь то, что исполнение решения будет невозможно без участия ответчика. Но для отказа в иске также требуется, чтобы кредитор мог легко заменить должника. Соответственно, если будет доказано, что покупатель не может легко найти адекватную замену продавцу (например, в данном регионе продавец является единственным дистрибьютором соответствующего товара), такой иск не должен быть отклонен. Так что действительно само по себе отсутствие требуемого товара у ответчика не препятствует удовлетворению иска, но, если это обстоятельство сочетается с фактором наличия у истца возможности легко заключить заменяющую сделку с иным продавцом, иск о присуждении к передаче товара должен отклоняться.

Он может также отклоняться и при наличии иных абсолютных оснований для отклонения иска, указанных в п. 7.4 комментария к настоящей статье.

### ***7.7. Проблема понуждения к исполнению кредиторской обязанности***

На кредиторе по обязательству лежит особая кредиторская обязанность осуществить принятие исполнения и совершить иные действия, необходимые для обеспечения должнику возможности исполнить обязательство. Нарушение таких обязанностей влечет впадение кредитора в просрочку, что согласно ст. 406 ГК РФ дает должнику возможность взыскать с кредитора убытки, а также порождает в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ исключение факта просрочки на стороне должника и, соответственно, исключение ответственности должника и возможность применения к нему любых иных санкций. Из общих принципов права, а также применяемых по аналогии правил п. 3 ст. 484, п. 4 ст. 486, п. 2 ст. 515 и п. 2 ст. 719 ГК РФ, дающих продавцу (подрядчику) право на отказ от договора при уклонении покупателя (заказчика) от принятия товара (результата работ), следует также, что должник, столкнувшийся с просрочкой кредитора, может отказаться от договора.

Но может ли должник, не желающий отказываться от договора и при этом не заинтересованный в сохранении подвешенности в от-

ношениях сторон, попытаться в судебном порядке понудить кредитора к принятию исполнения? Даже при отсутствии на его стороне в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ просрочки и освобождении от какой-либо ответственности должник может не желать более находиться в обязательственной связи с кредитором и поддерживать готовность исполнять обязательство в момент, когда кредитор вдруг надумает выйти из просрочки кредитора и пожелает принять исполнение.

Согласно п. 3 ст. 484 ГК РФ «[в] случаях, когда покупатель в нарушение закона, иных правовых актов или договора купли-продажи не принимает товар или отказывается его принять, продавец вправе потребовать от покупателя принять товар или отказаться от исполнения договора». Теоретически можно себе представить и иск подрядчика о принуждении заказчика к принятию результата работ в виде созданной или отремонтированной вещи. Ведь если у кредитора имеется обязанность принять исполнение (а из нашего закона это недвусмысленно вытекает), то можно себе помыслить и иск о понуждении к исполнению этой обязанности в натуре, упомянутый в ст. 12 ГК РФ.

Но, как представляется, принуждение к принятию исполнения представляет собой аномалию и противоречит существу кредиторской обязанности. Специфика обязанности принять исполнение не предполагает возможность понуждения к ее исполнению в натуре под страхом применения уголовной или административной ответственности за неисполнение судебного акта или взыскания астрента. Могут ли быть признаны какие-то исключения?

Если речь идет о денежном обязательстве или обязательстве передать ценные бумаги, у должника вовсе нет проблем, так как закон позволяет ему освободиться от долга путем депонирования денег или ценных бумаг у нотариуса (ст. 327 ГК РФ). Соответственно, иски о понуждении к принятию платежа или ценных бумаг должны отклоняться однозначно.

Но что, если речь идет о таком предоставлении, в отношении которого согласно закону невозможно депонирование (в первую очередь движимые вещи или недвижимость)? Должника по такому обязательству передать вещь может не устраивать ситуация, когда он уже готов передать вещь кредитору, а тот просто не собирается ее принимать. Безусловно, продавец или подрядчик, которые предложили покупателю или заказчику принять соответствующую вещь, столкнувшись с просрочкой кредитора, могут взыскать долг, если он еще не погашен (на что, в частности, прямо указано в п. 4 ст. 486, п. 4 ст. 514, п. 2 ст. 515 ГК РФ). Но что, если деньги уже уплачены, а кредитор вещь не забирает? Должник несет затраты на хранение, а депонировать вещь, сняв

с себя обязательство по передаче вещи, он не может. Какой выход из положения? Оптимальным решением видится право должника продать вещь третьим лицам по разумной цене после одного-двух предупреждений и депонировать полученную сумму у нотариуса в порядке ст. 327 ГК РФ за вычетом суммы, равной убыткам должника, возникшим в связи с просрочкой кредитора. Такое право вполне можно вывести из общих принципов права (добросовестности, разумности и справедливости) на основании п. 2 ст. 6 ГК РФ, но проще применять по аналогии закона похожие механизмы, которые предусмотрены в п. 6 ст. 720, ст. 738 ГК РФ (на случай уклонения заказчика от принятия выполненной работы), в п. 2 ст. 899 ГК РФ (на случай неисполнения поклажедателем своей обязанности забрать сданную на хранение вещь) и в п. 3 ст. 1003 ГК РФ и п. 2 ст. 1004 ГК РФ (на случай уклонения комиссионера от исполнения своей обязанности забрать у комитента свое имущество при досрочном расторжении договора). Аналогичное решение (право должника продать третьим лицам вещь, которую кредитор не забирает) закреплено в ст. III.—2:111 Модельных правил европейского частного права<sup>1</sup>.

Но и здесь должник может столкнуться с проблемами, так как продать вещь третьим лицам может быть крайне сложно. Во-первых, эта сложность заявляет о себе, когда вещь принадлежит кредитору, и должник, будучи добросовестен, предупредит потенциальных покупателей о том, что он продает чужое: мало кто в такой ситуации вещь купит. Кроме того, могут быть и чисто технические проблемы с отчуждением чужой вещи. Например, отремонтированный автомобиль, который заказчик почему-то не забирает из автосервиса, автосервису будет сложно продать с учетом особенностей системы регистрации транспортных средств. Во-вторых, проблема возникает и тогда, когда вещь настолько уникальна, что на нее просто не найдется желающих. Так, например, в случае с куплей-продажей, хотя право собственности на вещь принадлежит до передачи продавцу и он, казалось бы, может продать вещь третьим лицам согласно вышеописанному алгоритму, в реальности найти покупателя на некий агрегат, специально завезенный или созданный продавцом для передачи покупателю, может быть просто невозможно.

Нельзя ли допустить, что в подобных исключительных ситуациях столь нелепый на первый взгляд иск о понуждении заказчика к ис-

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 724–737 (автор комментария к ст. 406 – *Р.У. Сулейманов*).

полнению своей обязанности забрать вещь все-таки может быть заявлен? Возможно, именно в таких безвыходных ситуациях, когда иные механизмы защиты своих прав заблокированы, удовлетворение иска о понуждении к исполнению кредиторской обязанности и может быть допущено.

Есть и еще один связанный вопрос. Если речь идет об обязательстве произвести распоряжение имуществом, подлежащим правоустанавливающей регистрации, можно ли себе помыслить, что с иском о принудительной регистрации перехода права обратится не кредитор по такому обязательству, а должник? Такая ситуация может возникнуть в случае, когда кредитор уклоняется от обращения к соответствующему государственному или частному регистратору.

Стоит заметить, что в п. 3 ст. 551 ГК РФ применительно к купле-продаже недвижимости указано следующее: «В случае, когда одна из сторон уклоняется от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость, суд вправе по требованию другой стороны, а в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации об исполнительном производстве, также по требованию судебного пристава-исполнителя вынести решение о государственной регистрации перехода права собственности». Иначе говоря, закон недвусмысленно делает данный механизм принудительной регистрации перехода права симметричным. По смыслу данной нормы воспользоваться судебным механизмом регистрации перехода права может не только покупатель при уклонении продавца от совершения необходимых для регистрации действий, но и продавец при уклонении покупателя от совершения аналогичных действий. В то же время абзац третий п. 11 ст. 21 Закона об ООО говорит в этом плане только о праве приобретателя доли обратиться в суд с иском о регистрации перехода права на долю в ООО — о симметричном праве продавца закон умалчивает. Пункт 4 ст. 149.2 ГК РФ также дает такое право на судебную регистрацию изменения правообладателя в системе учета прав на бездокументарные ценные бумаги только приобретателю на случай уклонения отчуждающей стороны от передачи регистратору соответствующего заявления о списании бумаг.

На настоящий момент какой-либо судебной практики в подтверждение того или иного подхода к решению вопроса о допустимости такого своеобразного варианта принуждения к исполнению кредиторской обязанности в натуре не имеется.

#### ***7.8. Выбор средств защиты, несовместимых с исполнением в натуре***

Самостоятельным ограничением для реализации иска об исполнении обязательства в натуре является выбор кредитором способа

защиты, по своей природе исключаящего присуждение к исполнению в натуре. Если кредитор заявляет отказ от договора, влекущий прекращение не исполненного должником обязательства, он не может после потребовать исполнения обязательства в натуре, так как обязательства должника больше нет. То же имеет место, если кредитор заявляет должнику требование, производное от такого отказа и очевидно свидетельствующее о воле кредитора на отказ от договора (например, заявляет требование о возврате предоплаты, уплаченной за не переданную ему вещь, о взыскании убытков, понесенных в связи с заключением заменяющей сделки, или штрафа, установленного в договоре на случай срыва договора по причине его нарушения должником). Кредитор не может одновременно и заявлять о прекращении нарушенного обязательства, и требовать его реального исполнения.

Также несовместимо с требованием исправить дефект в поставленном товаре или выполненных работах в натуре заявление о соразмерном уменьшении цены или требование о возмещении своих расходов на устранение дефектов (ст. 475, 723 ГК РФ). Уменьшение цены из-за дефекта может реализовываться в сценарии принятия кредитором (покупателем, заказчиком) дефектного исполнения с восстановлением своего позитивного интереса за счет получения скидки в цене: получить и такую скидку, и исправление дефекта в натуре невозможно — необходимо выбирать. Если же кредитор сам устранил дефект, то тут вовсе непонятно, в чем смысл подачи иска об исправлении дефекта в натуре.

Если иск об исполнении в натуре несовместим с теми или иными средствами защиты, это значит, что он не может быть заявлен после того, как реализован конкурирующий способ защиты. Но этот иск не может быть заявлен и одновременно с конкурирующим юрисдикционным способом защиты. Так, например, арендодатель не может подать иск о понуждении арендатора к осуществлению текущего ремонта в соответствии с условиями договора и одновременно заявить требование о досрочном расторжении договора по тому же основанию.

В то же время кредитор вполне может предъявить иск о понуждении к исполнению в натуре, а затем на каком-то этапе, оценив перспективы его удовлетворения и исполнительного производства, отказаться от иска и вместо реального исполнения заявить конкурирующий способ защиты. Например, заказчик, вначале подавший иск об исправлении дефекта в выполненных работах, может затем передумать, отказаться от иска, поручить исправление дефекта третьему лицу и затем заявить подрядчику иск уже с иным предметом (о взыскании таких расходов в качестве убытков).

См. по данному вопросу п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и комментарий к ст. 396 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

### **7.9. Банкротство и трансформация неденежных обязательств**

По общему правилу с момента признания должника банкротом и открытия в отношении него конкурсного производства требования кредиторов по неденежным обязательствам имущественного характера трансформируются в денежные (абзац седьмой п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве; абзац второй п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35; п. 33 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 19 октября 2016 г.). Исключением, в частности, является банкротство застройщика, в рамках которого допускается погашение требований участников строительства путем передачи им в собственность жилых помещений, машино-мест и нежилых помещений в соответствующем объекте недвижимости (ст. 201.11 Закона о банкротстве).

### **7.10. Стадия исполнительного производства**

В случае подачи иска о понуждении к заключению договора (в том числе на основании ранее заключенного предварительного договора), а также к совершению иного волеизъявления исполнение решения вовсе не требуется, так как суд выносит преобразовательное решение о признании договора заключенным (п. 4 ст. 445 ГК РФ) или возникновении правового эффекта иного требуемого от ответчика волеизъявления. Своим решением суд заменяет истребуемое волеизъявление, правовой эффект возникает в момент вступления в силу решения суда, исполнительное производство не возбуждается, а исполнительные листы по таким искам не выдаются (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

В ряде случаев достижение кредитором фактического результата, ради которого заявляется притязание об исполнении обязательства в натуре, не происходит в силу самого факта вступления в силу решения суда, но при этом не требуется и возбуждения исполнительного производства. Так, требование о регистрации перехода права собственности на недвижимость, заявленное в соответствии с п. 3 ст. 551 ГК РФ, в случае его удовлетворения приводит к совершению Росреестром соответствующей регистрации перехода права непосредственно на основании судебного решения.

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 675–677 (автор комментария к ст. 396 – А.Г. Карапетов).

Аналогичная ситуация имеет место также в похожих случаях с регистрируемыми правами (например, перерегистрация на покупателя акций в реестре акционеров, долей участия в обществе с ограниченной ответственностью в ЕГРЮЛ и т.п.).

Если суд вынес решение о взыскании долга, то при нежелании должника добровольно исполнить судебный акт взыскатель вправе без возбуждения исполнительного производства предъявить исполнительный лист в банк (если ему известен счет должника) и вправе рассчитывать на то, что банк спишет соответствующую сумму со счета должника (ст. 8 Закона об исполнительном производстве). Кроме того, взыскатель вправе инициировать возбуждение исполнительного производства в соответствии с правилами Закона об исполнительном производстве, обратившись к приставу-исполнителю. В последнем случае обращение взыскания осуществляется приставом-исполнителем в первую очередь на денежные средства, а при их отсутствии — на любое имущество должника за изъятиями, установленными законом (ст. 446 ГПК РФ).

В других ситуациях для фактического получения истцом обещанного ему результата необходимо возбуждение исполнительного производства, и иного пути у него нет, так как без услуг приставов-исполнителей не обойтись. Это касается, например, случаев отобрания у ответчика индивидуально-определенной вещи и выселения из занимаемого помещения. Когда для исполнения решения не требуется активное участие должника, исполнение таких решений осуществляется приставами за счет применения силы.

Но иногда без доброй воли должника исполнить решение невозможно (например, выполнение работ или оказание услуг при отсутствии у приставов-исполнителей возможности возложить исполнение на третье лицо на стадии исполнительного производства по правилам п. 7 ч. 3 ст. 68 Закона об исполнительном производстве). Согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «удовлетворяя требование кредитора о понуждении к исполнению обязательства в натуре, суд обязан установить срок, в течение которого вынесенное решение должно быть исполнено»; в этом случае «[п]ри установлении указанного срока суд учитывает возможности ответчика по его исполнению, степень затруднительности исполнения судебного акта, а также иные заслуживающие внимания обстоятельства». Но что, если решение ответчиком не будет исполнено?

Такие решения до недавнего времени исполнялись в основном за счет применения к ответчику инструментов косвенного принуждения — наложения на ответчика административных штрафов. Также существовала и существует возможность возбуждения в отношении

руководителя организации-ответчика уголовного дела и привлечения его к уголовной ответственности по правилам ст. 315 УК РФ.

Применительно к случаям, когда исполнение решения невозможно без участия ответчика, особую актуальность представляет положение предложения второго п. 1 ст. 308.3 ГК РФ, согласно которому суд вправе присудить по требованию кредитора и в его пользу денежную сумму, которую ответчик должен выплачивать в случае неисполнения основного решения суда. В самой норме имеется не вполне удачная отсылка к ст. 330 ГК РФ, что вряд ли стоит толковать как признание такого денежного взыскания договорной или законной неустойкой с последующим применением к ней правил о неустойке (например, ст. 333 ГК РФ).

Тут мы имеем введение в наше законодательство института, аналогичного признанному в некоторых странах институту *l'astreinte* (далее – астрент, судебная неустойка). В XIX в. этот институт придумали и начали использовать французские суды без какой-либо опоры на закон. Затем он распространился в праве многих стран (Голландия, Бельгия, Италия, Португалия и др.), а в 2014 г. его реципировали и в нашем праве. Причем сделано это было, как и во Франции XIX в., судами, а не законодателем. Данный институт в 2014 г. был закреплен в практике ВАС РФ (п. 3 теперь уже отмененного Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22). Но законодатель себя долго ждать не заставил, и с 1 июня 2015 г. астрент был внедрен в ГК РФ в рамках новой редакции ст. 308.3 ГК РФ. Позднее, в 2018 г., этот институт был закреплен в АПК РФ и ГПК РФ. Согласно ч. 4 ст. 174 АПК РФ «[а]рбитражный суд по требованию истца вправе присудить в его пользу денежную сумму, подлежащую взысканию с ответчика на случай неисполнения судебного акта, в размере, определяемом арбитражным судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения». В ч. 3 ст. 206 ГПК РФ тогда же была закреплена аналогичная норма.

См. подробнее об астренте п. 7.11 комментария к настоящей статье.

### **7.11. Астрент**

В Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и в последующей судебной практике ВС РФ закреплен целый ряд важных разъяснений в отношении механизма применения этого нового института. Суть наиболее важных разъяснений сводится в целом к следующему.

#### **(а) Природа астрента**

Астрент представляет собой денежную сумму, которую суд, удовлетворивший иск о понуждении к исполнению обязанности в натуре,



по просьбе истца присуждает в пользу истца на случай уклонения ответчика от добровольного исполнения судебного акта и в целях стимулирования неукоснительного их исполнения. Размер астрента определяет судья сам, не будучи связан никакими тарифами, а присуждаемая сумма перечисляется не в бюджет (как обычные штрафы), а в доход истца.

По сути, здесь мы имеем оригинальный институт гибридной частно-публичной правовой природы.

Астрент не носит компенсационный характер. Его задача не в том, чтобы покрыть убытки истца, которые у того возникают из-за неисполнения ответчиком судебного решения, а в том, чтобы устроить ответчика и заставить считаться с судебным решением, немедленно и неукоснительно его исполнить. Задача астрента — обеспечить превенцию случаев неисполнения судебного акта. Поэтому согласно п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 астрент не идет в зачет с убытками, возникшими в связи с правонарушением (такие убытки взыскиваются независимо от астрента).

В силу стимулирующего и откровенно карательного характера астрента его уплата не освобождает ответчика от исполнения судебного решения и не освобождает его от ответственности за неисполнение обязательства (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В силу специфики обязательства по уплате астрента проценты по ст. 395 ГК РФ на сумму присужденного астрента не начисляются.

#### *(б) Сфера применения*

Астрент может присуждаться судом по искам не только об исполнении позитивного обязательства в натуре, но и по искам о пресечении действий должника, нарушающих обязательство воздержаться от определенных действий, а также по негативным искам (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В силу ст. 307.1 ГК РФ норма ст. 308.3 ГК РФ об астренте применима и к корпоративным искам (например, о передаче прежним директором документации, о предоставлении информации акционерам и т.п. (см. Определение СКЭС ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 307-ЭС16-21419)).

Так как ст. 308.3 ГК РФ регулирует принуждение к исполнению гражданско-правового обязательства, ВС РФ указал в п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, что астрент не применяется к публичным правоотношениям (например, административным спорам), к трудовым спорам, пенсионным правоотношениям, а также к семейным спорам, связанным с личными неимущественными отно-

шениями, а равно к спорам, вытекающим из отношений по социальной поддержке. Эта позиция представляется спорной. Данную норму вполне можно было бы применять по аналогии в контексте смежных областей права (например, в трудовом и даже в семейном), а также есть основания задуматься над применением ее в контексте некоторых административных споров. При этом данное разъяснение ВС РФ несколько устарело, так как в 2018 г. в ч. 4 ст. 174 АПК РФ и в ч. 3 ст. 206 ГПК РФ институт астрента установлен для требований, которые рассматриваются в соответствии с указанными процессуальными кодексами, без каких-либо ограничений. Так что вопрос о применении астрента по трудовым или административным спорам вновь оказался на повестке дня.

Применительно к гражданско-правовым обязательствам, в отношении которых в основном и применяется иск о понуждении к исполнению в натуре, и в силу ст. 308.3 ГК РФ однозначно возможно установление астрента, но необходимо выделить ряд исключений.

Во-первых, астрент согласно п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не применяется к иску о взыскании денежного долга. Видимо, ВС РФ посчитал, что начисления процентов по правилам ст. 395 ГК РФ с точки зрения стимуляции к исполнению судебного решения о взыскании достаточно, и дополнительного стимулирования не нужно. Ранее ВАС РФ установление астрента по денежным обязательствам в виде дополнительной ставки рефинансирования, прибавляемой к той ставке, которая текла и продолжает течь в связи с просрочкой в платеже, допускал. Отказ от этой идеи представляется спорным шагом.

Во-вторых, как представляется, астрент логично устанавливать только по тем решениям, которые обязывают ответчика совершить определенные действия. Это прежде всего те решения, которые не могут быть исполнены без участия ответчика в принципе. Но не исключено установление астрента и по искам о выселении или отобрании индивидуально-определенной вещи: такие решения могут исполняться за счет применения силы, но суд вполне может облегчить работу приставам, просто установив чувствительный астрент на случай уклонения от добровольного исполнения решения суда. В то же время установление астрента по решениям, которые от ответчика никаких конкретных действий не требуют, но предполагают внесение соответствующих записей о переходе права в соответствующих реестрах (например, в ЕГРН по правилам ст. 551 ГК РФ), вряд ли логично допускать.

Остается отметить, что в ч. 1 ст. 174 АПК РФ и ч. 1 ст. 206 ГПК РФ говорится о решениях суда, обязывающих ответчика совершить опре-

деленные действия, не связанные с взысканием денежных средств или с передачей имущества. Это порождает вопрос о том, не относятся ли нормы об астренте, интегрированные в рамках других пунктов указанных статей, относящимися только к таким судебным решениям. Если да, то это может поставить под вопрос возможность установления астрента по решению о передаче имущества. Остается надеяться на то, что данные нормы АПК РФ и ГПК РФ будут толковаться так, что это не поставит под вопрос право истца на установление астрента по требованию о передаче в натуре движимой или недвижимой вещи или документации.

*(в) Размер астрента*

Суд должен определить размер астрента так, чтобы для ответчика исполнение решения оказывалось намного более выгодным, чем неисполнение и уплата астрента. При этом в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не указано, но можно вывести из самой этой общей идеи, что при определении размера астрента суд может учитывать финансовое положение ответчика: чем больше у ответчиков средств, тем более чувствительная сумма должна присуждаться. Аналогичный подход поддержан в Определении СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260. Ведь деньги подчиняются закону убывающей предельной полезности: тысяча рублей в кармане бедняка равнозначна миллиону в кармане миллиардера. Если институт астрента носит стимулирующий характер и направлен на обеспечение эффективного исполнения судебных решений, этот фактор нельзя игнорировать.

Истец, безусловно, вправе предлагать суду те или иные расчеты астрента, которые суд может как принять, так и установить меньший размер астрента. Суд свободен в установлении астрента на том уровне, который ему покажется наиболее справедливым и эффективным. Впрочем, вряд ли суд может установить в качестве астрента сумму, которая выше той, которую предложил установить истец.

Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 прямо не указывает, но из самой сути института астрента, зарубежного опыта его применения, а также тех разъяснений, которые ранее давал ВАС РФ в Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22, следует, что астрент может фиксироваться как в виде твердой суммы, так и в виде своеобразных судебных пеней (в виде той или иной суммы за каждый день неисполнения решения суда в части основных требований истца). В случае, когда суд присуждает к совершению определенного действия или прекращению определенной деятельности и мыслима просрочка в исполнении судебного акта, астрент не просто может, но и должен

устанавливаться в виде пеней за каждый день неисполнения судебного акта.

При этом, как справедливо разъяснил ВАС РФ в теперь уже отменном Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22, эти судебные пени могут носить прогрессивный характер. Иначе говоря, суд может определить астрент в виде одной суммы за каждый день неисполнения на первую неделю, более высокой суммы за упорствование ответчика и неисполнение решения в течение второй недели и т.д. Данный вариант прогрессивного астрента представляется очень востребованным и эффективным. Такая возможность по сути подразумевается в рамках упоминания п. 32 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 того, что суд может указать порядок определения суммы судебной неустойки.

*(г) Процедурные аспекты*

Астрент устанавливается судом по заявлению истца, а не по собственной инициативе. При этом такое заявление может быть подано при подаче иска, на стадии рассмотрения дела и даже на стадии исполнительного производства. Если до момента вынесения решения истец не просил суд установить астрент, суд его не устанавливает, но, если впоследствии, столкнувшись с нежеланием ответчика исполнять решение, истец обратится в суд с заявлением об установлении астрента, он действует в своем праве (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). После вынесения решения суда можно ходатайствовать об установлении астрента в рамках того же дела; возбуждение нового иска об установлении астрента не требуется (Определение СКЭС РФ от 19 октября 2018 г. № 303-ЭС18-9206).

При этом суд не вправе отказать в вынесении определения об установлении астрента, если он удовлетворяет или ранее уже удовлетворил иск. Установление астрента по заявлению истца – это не право, а обязанность суда (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Суд, вынося определение об установлении астрента, согласно п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 фиксирует размер астрента или порядок его определения и сразу же выдает исполнительный лист на его взыскание. Судебный акт в части взыскания астрента подлежит принудительному исполнению только по истечении определенного судом срока исполнения обязательства в натуре. Факт неисполнения или ненадлежащего исполнения решения суда устанавливается судебным приставом-исполнителем. Такой факт не может быть установлен банком или иной кредитной организацией. После установления факта неисполнения судебного

решения пристав-исполнитель списывает со счетов ответчика указанную сумму астрента, начисленную за соответствующий период времени, и перечисляет ее истцу. Если ответчик продолжает уклоняться от исполнения, эта процедура списания соответствующих сумм астрента со счетов должника или обращения взыскания на иное имущество должника с целью исполнения исполнительного листа о взыскании астрента будет продолжаться до тех пор, пока решение суда, обязывающее ответчика к совершению тех или иных действий, не будет исполнено.

Требовать начисления астрента после вступления в силу решения суда за период до установления астрента нельзя, астрент устанавливается только на будущее (определения СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260 и от 19 октября 2018 г. № 303-ЭС18-9206).

Госпошлиной заявления об установлении астрента не облагаются (Определение СКГД ВС РФ от 6 марта 2018 г. № 70-КГ17-20).

*(д) Смягчения*

Должник не обязан уплачивать судебную неустойку с момента незаконного отказа кредитора от принятия предложенного должником надлежащего исполнения (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

При наличии обстоятельств, объективно препятствующих исполнению судебного акта о понуждении к исполнению в натуре в установленный судом срок (п. 3 ст. 401 ГК РФ), ответчик вправе подать заявление об отсрочке или о рассрочке исполнения судебного акта (ст. 203, 434 ГПК РФ; ст. 324 АПК РФ). Если суд удовлетворяет такую просьбу, в соответствующие периоды астрент не начисляется (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Определение СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260).

Согласно п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, если объективная невозможность исполнения обязательства в натуре (например, гибель индивидуально-определенной вещи, подлежащей передаче кредитору) возникла после установления астрента, то астрент не подлежит начислению за период с момента возникновения такого обстоятельства, но астрент, начисленный за период, предшествующий возникновению данного обстоятельства, подлежит взысканию.

Назначенный судом астрент не может быть снижен по правилам ст. 333 ГК РФ, но в одном случае ВС РФ в порядке исключения допустил снижение ранее установленного астрента со ссылкой на ст. 10 ГК РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 5 июня 2018 г. № 305-ЭС15-9591).

*(е) Правопреемство*

При универсальном правопреемстве на стороне должника (например, при реорганизации) обязанность по уплате астрента сохраняется и переходит к правопреемнику (п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В данном Постановлении ВС РФ обошел стороной вопрос о переводе долга. Ранее в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 (п. 5), отмененном Постановлением Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, было указано, что при переводе долга (сингулярном правопреемстве на стороне должника по основному обязательству), если иное не предусмотрено в соглашении сторон, обязательство по уплате астрента переходит к новому должнику. Этот подход логично применять и сейчас. Впрочем, как в случае с универсальным правопреемством на стороне должника, так и в случае с переводом долга может встать вопрос о том, будет ли обязан новый должник уплачивать астрент, который был начислен за период до перевода долга, или на него переходит обязанность уплачивать астрент лишь на будущее, за период после того, как он стал должником по соответствующему основному требованию. Пока данный вопрос однозначно не решен.

В Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не решен вопрос о влиянии универсального или сингулярного правопреемства в основном обязательстве на стороне истца на уплату астрента. Ранее в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 этот вопрос был решен положительно. Представляется, что, несмотря на утрату этого разъяснения, у судов не должно быть сомнений, что при замене истца астрент сохраняется и право на его взыскание переходит к новому истцу.

*(ж) Императивность*

Исключить в договоре заранее возможность присуждения астрента нельзя (п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

*(з) Действие во времени*

Требовать астрент можно и тогда, когда вынесено решение о присуждении к исполнению договора, заключенного до 1 июня 2015 г. (Определение СКГД ВС РФ от 11 сентября 2018 г. № 37-КГ18-4).

**7.12. Замена способа исполнения**

Если суд вынес решение об исполнении неденежного обязательства в натуре (выполнении работ, передаче товара и т.п.), а на стадии исполнительного производства выявляется затруднительность или тем более невозможность его исполнения, суд своим определением на основании соответствующего ходатайства истца, ответчика или пристава может изменить способ или порядок исполнения решения (ст. 324 АПК РФ,

ст. 203 ГПК РФ). Судебная практика стала толковать данную норму расширительно и после некоторых колебаний стала на основании данных положений закона допускать возможность под видом изменения способа исполнения судебного решения фактическую замену на стадии исполнительного производства предмета самого требования с исполнения в натуре на присуждение денежной компенсации (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2015 г. № 304-ЭС14-6750, Постановление Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 12981/12, п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50). Конечно же, здесь речь идет не об изменении способа или тем более порядка исполнения, и суд фактически допускает изменение предмета самого требования с исполнения в натуре на присуждение денежного суррогата. Логика такого расширительного толкования состоит в процессуальной экономии (в том, чтобы избежать нового судебного процесса).

Наиболее часто встречающимися случаями замены предмета требования под видом изменения способа исполнения судебного акта являются случаи присуждения в пользу истца определенного имущества, которое у ответчика не обнаруживается, или обязанности ответчика совершить определенные действия, которые тот потерял возможность совершить (например, в связи с отзывом необходимой лицензии). Обычно при замене способа исполнения таких решений присуждается рыночная денежная стоимость присужденного имущества или стоимость соответствующих работ или услуг, которые истец поручает третьему лицу для того, чтобы защитить свой позитивный интерес.

Стоимость присужденного имущества должна определяться, согласно позиции ВАС РФ и ВС РФ, исходя из цен, действующих на момент предъявления заявления о замене «способа» исполнения (Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2015 г. № 304-ЭС14-6750, Постановление Президиума ВАС РФ от 4 марта 1997 г. № 5205/94). В данном случае речь идет, как правило, о взыскании убытков. Но если само имущество было объектом купли-продажи и за него вносилась цена, а рыночная стоимость имущества оказалась выше уплаченной истцом цены, такая конвертация предмета притязания приводит к тому, что *de facto* договор в этой части расторгается, покупателю возвращают цену и возмещают абстрактные убытки по модели позитивного договорного интереса. Более сложен вопрос определения природы такой компенсации в ситуации, когда рыночная стоимость оказалась ниже уплаченной цены: может ли здесь покупатель потребовать присуждения денежной компенсации в размере уплаченной цены? Как представляется, это было бы логично. Разумно исходить из того, что в такого рода случаях размер денежной компенсации должен определяться на основании текущей

рыночной цены, но не быть меньше цены, уплаченной покупателем за данное имущество по договору.

Если истец, не добившись от ответчика исполнения решения о совершении определенных работ / услуг или передачи документации, поручил выполнение работ / услуг или изготовление документации третьим лицам, он, согласно судебной практике, может рассчитывать на изменение способа исполнения решения суда на взыскание понесенных им расходов (Постановления Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 12981/12, от 25 октября 2011 г. № 5910/11; п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153). Более того, согласно практике ВАС РФ, истец вправе претендовать на взыскание суммы расходов, которые он еще не понес, но которые он вынужден будет понести, обратившись к помощи третьих лиц в связи с неисполнением ответчиком судебного акта (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 10562/12). ВАС РФ обосновал это тем, что согласно ст. 15 ГК РФ в качестве убытков можно взыскать расходы, которые пострадавший еще не понес, но вынужден будет понести для восстановления нарушенного права. Если речь шла о действиях, которые ответчик должен был совершить в силу sinalлагматического возмездного договора, по которому истец уплатил цену, фактически истец добивается вместо присуждения к исполнению обязанности в натуре расторжения договора, возврата уплаченной цены и возмещения убытков либо по модели убытков по заменяющей сделке, либо по модели абстрактных убытков.

Но это не единственная возможная квалификация природы денежной компенсации. Например, если был подан иск о возврате неосновательного обогащения в натуре, но после присуждения имущество у ответчика не обнаружено, замена «способа» исполнения на взыскание денежной стоимости фактически означает конвертацию возмещения неосновательного обогащения в натуре в возмещение такого обогащения в денежном эквиваленте (ст. 1105 ГК РФ).

С учетом сказанного важно уточнить, что положения ГПК РФ и АПК РФ, допускающие изменение способа исполнения решения суда по заявлению как истца, так и ответчика и пристава-исполнителя, в отношении такого варианта фактической процессуальной подмены предмета требования под видом замены способа исполнения должны применяться ограничительно. Безусловно, должник может ходатайствовать об изменении способа и порядка исполнения в строгом смысле этих понятий, но не вполне логично с точки зрения базовых принципов диспозитивности цивилистического процесса, чтобы замену предмета притязания при невозможности исполнения изначально вынесен-



ного решения суд производил по инициативе ответчика (должника) или пристава-исполнителя. Если после вынесения решения возникла невозможность исполнения (например, требуемая вещь погибла или пропала), а истец не требует замены «способа» исполнения, исполнительное производство должно оканчиваться, и ответчик инициировать «конвертацию» решения в присуждение денежной компенсации не может. Более сложный вопрос возникает в ситуации возникновения не невозможности, а затруднительности исполнения решения суда. В таком случае у ответчика может быть легитимный интерес в подаче заявления о замене «способа» исполнения на взыскание с него денежной компенсации, если в обратном случае он вынужден продолжать уплачивать астрент. Но полной ясности по данному вопросу нет.

Как указано в Определении КС РФ от 18 декабря 2003 г. № 467-О, процессуальное законодательство не содержит перечня оснований для изменения способа и порядка исполнения судебного акта, а лишь устанавливает критерий их определения — обстоятельства, затрудняющие исполнение судебного акта, предоставляя суду возможность в каждом конкретном случае решать вопрос об их наличии с учетом обстоятельств дела.

В частности, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 17268/08 было отмечено, что достаточными доказательствами для замены способа исполнения судебного акта на денежное взыскание являются:

- установление специалистами, привлеченными в порядке ст. 61 Закона об исполнительном производстве, факта невозможности идентификации истребованного оборудования;
- отсутствие доказательств того, что трудности исполнения решения об истребовании имущества возникли по обстоятельствам, не зависящим от ответчика.

## **8. Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления**

О признании недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления см. комментарий к ст. 13 ГК РФ.

## **9. Самозащита права**

О данном способе защиты права см. комментарий к ст. 14 ГК РФ.

## **10. Возмещение убытков**

О возмещении убытков как универсальном и самом традиционном способе защиты гражданского права см. комментарий к ст. 15 ГК РФ.

## 11. Взыскание неустойки

Российское законодательство допускает возможность согласования в договоре и последующего взыскания договорной неустойки. Признается возможность установления неустойки и на уровне закона (а согласно судебной практике – и на уровне подзаконного нормативного правового акта, если такой акт принимается соответствующим органом в рамках делегированной законом компетенции).

Неустойкой является согласованная сторонами или установленная в соответствующем правовом акте денежная сумма, которую сторона договора обязана уплатить контрагенту в случае нарушения обязательства или выявления недостоверности предоставленного ею договорного заверения. В момент нарушения договора наступает отлагательное условие для созревания соответствующего денежного обязательства по уплате неустойки. Это обязательство подчиняется большинству правил об обязательствах (например, требование по уплате неустойки может быть уступлено, прекращено новацией или передачей отступного, погашено в результате прощения долга или зачета и др.).

Неустойка может быть установлена в виде фиксированного штрафа, пени за каждый день или иной период просрочки или комбинации таких инструментов.

Судебная практика признает и такую неустойку, которая состоит в безвозмездной передаче кредитору некоего имущества в связи с нарушением, но рассматривает ее в качестве самостоятельного способа защиты права, к которому применяются некоторые нормы о неустойке по аналогии закона. В принципе, такую же природу носит и условие договора о передаче должником пострадавшему от нарушения договора кредитору имущества на возмездной основе, но по очевидно заниженной цене (например, штрафной опцион на выкуп имущества нарушителя договора по заниженной цене).

Неустойка как мера ответственности может быть применена к нарушителю, если отсутствуют основания для освобождения от ответственности согласно ст. 401 ГК РФ (п. 2 ст. 330 ГК РФ).

При этом суд может снизить явно несоразмерную неустойку в соответствии с рядом правил и условий, установленных в ст. 333 ГК РФ.

По общему правилу (ст. 394 ГК РФ) кредитор может взыскивать убытки в сумме, превышающей размер неустойки, и не может требовать и неустойку, и убытки кумулятивно. В то же время закон или договор могут устанавливать право взыскивать и неустойку, и убытки кумулятивно (штрафная неустойка), право кредитора выбирать между взысканием убытков или неустойки (альтернативная неустойка) или

ограничение возможности взыскания убытков с сохранением права лишь взыскания неустойки (исключительная неустойка).

Правовой институт неустойки порождает множество сложных вопросов, разбирать которые в рамках комментария к ст. 12 ГК РФ нет оснований, так как достаточно подробный анализ всей этой проблематики изложен в комментариях к ст. 330–333 и 394 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

## **12. Взыскание морального вреда**

### **12.1. Общие замечания**

Моральный вред представляет собой физические или нравственные страдания, которые возникают у гражданина в результате действий (бездействия) других лиц, нарушающих его личные неимущественные права либо посягающих на принадлежащие гражданину нематериальные блага (часть первая ст. 151 ГК РФ). Согласно п. 2 ст. 1099 ГК РФ моральный вред, причиненный действиями (бездействием), нарушающими имущественные права гражданина, подлежит компенсации в случаях, предусмотренных законом.

Расположение правила о компенсации морального вреда как способе защиты гражданских прав в ст. 12 разд. I «Общие положения» ГК РФ обосновывается тем, что такая компенсация может быть взыскана как в случае нарушения личных неимущественных прав, так и – в установленных законом случаях – за нарушения имущественной сферы потерпевшего.

Согласно ст. 1101 ГК РФ компенсация морального вреда осуществляется в денежной форме, а размер компенсации определяется судом в зависимости от характера причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий, индивидуальных особенностей потерпевшего, степени вины причинителя вреда (в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда), и при этом, определяя размер компенсации, суд должен учитывать требования разумности и справедливости.

Принципиальным отличием морального вреда от убытков является то обстоятельство, что имущественный вред подлежит, пусть и с разумной степенью достоверности, пересчету в денежный эквивалент, а в отношении морального вреда такой пересчет невозможен.

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 222–239, 654–655 (автор комментария к ст. 330–333 – А.Г. Карапетов, автор комментария к ст. 394 – В.В. Байбак).

## **12.2. Обоснование существования института компенсации морального вреда**

Уместность компенсации морального вреда в системе гражданского права периодически ставится под сомнение учеными. Так, в отечественном праве до революции против возможности компенсации выдвигались, в частности, следующие аргументы: компенсация морального вреда по своей сути безнравственна, поскольку предполагает коммерциализацию неотчуждаемых благ; требования о компенсации морального вреда не вписываются в систему частного права, метод которого настроен на регулирование отношений в связи с имуществом, в первую очередь – с деньгами. Очевидным контраргументом является невозможность безучастного отношения гражданского права к умалению неимущественных прав, которые в большинстве своем представляют собой потребности более базового уровня, чем потребности, связанные собственно с имуществом. Уголовно-правовые и административно-правовые механизмы борьбы с нарушением личных неимущественных благ, предлагаемые противниками компенсации морального вреда, не могут быть признаны годным средством восстановления прав потерпевших, прежде всего по причинам самой структуры публично-правовых отраслей (отсутствие инициативного способа защиты участников гражданско-правовых отношений; отсутствие механизма, который мог бы эффективно понудить должностное лицо к уголовному или административному преследованию; обусловленность уголовной или административной репрессии дополнительными факторами, например согласием на привлечение должностного лица определенного уровня к ответственности, выполнение которых в конкретной ситуации может оказаться невозможным).

Методология экономического анализа права, выстраивающая деликтное право через его превентивную функцию, предлагает следующее обоснование института компенсации морального вреда: отсутствие достаточной имущественной санкции в случае причинения боли и страдания приведет к увеличению количества боли и страдания в мире, а значит, к снижению экономической эффективности всего общества. Некоторые сторонники экономического анализа права, однако, атакуют компенсацию морального вреда с позиции неопределенности последствий для потенциального причинителя: компенсация боли и страданий, размер которой всегда определяется *ex post*, сложно подвергается оценке *ex ante*, вследствие чего неопределенность суммы возможной компенсации приводит к затруднительности сопоставления суммы возможного к взысканию морального вреда с расходами на избежание такого вреда, в результате чего определение стратегии

поведения потенциального причинителя может быть связано со значительными издержками. Этот аргумент вряд ли достаточен для обоснования отказа в компенсации морального вреда, хотя может свидетельствовать в пользу усреднения и определенной объективизации сумм присуждений в зависимости от типа боли и страдания.

Не вызывает сомнений, что современное частное право, в том числе исходя из признания прав человека высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ), не может существовать без института компенсации морального вреда. Однако сфера действия института и объем возмещения, как будет показано ниже, в определенной мере зависят от усмотрения законодателя и судов.

### ***12.3. Сфера применения морального вреда***

Причиненный гражданину моральный вред, выражающийся в физических и нравственных страданиях, может возникнуть как в рамках деликтного права (например, разглашение порочащих гражданина сведений, причинение вреда здоровью истца, причинение вреда жизни близкого родственника), так и в связи с исполнением договорных обязательств (например, ненадлежащее исполнение обязательств свадебным фотографом).

Но российское право демонстрирует достаточно ограничительный подход: подлежит возмещению моральный вред, причиненный действиями, нарушающими личные неимущественные права и нематериальные блага (ст. 151 ГК РФ); если же моральный вред причинен действиями, связанными с нарушением имущественных прав гражданина, то, как следует из ст. 1099 ГК РФ, он подлежит возмещению только в том случае, если это прямо установлено законом.

Нематериальными благами, нарушение которых может приводить к возмещению морального вреда, являются согласно п. 1 ст. 150 ГК РФ жизнь и здоровье, достоинство личности, личная неприкосновенность, честь и доброе имя, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, неприкосновенность жилища, личная и семейная тайна, свобода передвижения, свобода выбора места пребывания и жительства, имя гражданина, авторство, а также иные нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона.

Открытый перечень нематериальных благ в п. 1 ст. 150 ГК РФ позволяет судам принимать справедливые решения и в случаях, когда описать нематериальное благо, а тем более право истца не так просто. Так, устоявшаяся судебная практика присуждает компенсацию морального вреда в случае смерти близкого родственника, не утруждаясь поиском обозначения поправленного нематериального блага («право на жизнь близкого родственника» или «право на це-

лостность семьи»). ВС РФ также признает, если пытаться подобрать для этого условный термин, «право на здоровье близкого родственника» и «право на здоровье подопечного, не являющегося родственником», присуждая (и это представляется совершенно правильным) компенсацию морального вреда при причинении здоровья родственнику истца (Определение СКГД ВС РФ от 8 июля 2019 г. № 56-КГПР19-7). Закон ограничивает возможность возмещения морального вреда при нарушении имущественного права (причинения вреда вещам, нарушении обязательства и т.п.) и допускает такую возможность лишь при наличии специального указания в законе. Но здесь следует учитывать следующее. Если деликт или нарушение обязательства нарушили имущественные права гражданина, это само по себе не означает, что одновременно тот же деликт или нарушение обязательства не могли причинить вред неимущественным правам или нематериальным благам (в терминологии уголовного права «идеальная совокупность»). Например, делинквент мог повредить автомобиль потерпевшего, но одновременно и причинить вред его здоровью, а уничтожение дома, в котором проживает гражданин, могло посягать одновременно на такое нематериальное благо, как неприкосновенность жилища.

Так, в правоприменительной практике встречается подход, согласно которому повреждение или уничтожение имущества не является основанием для возмещения морального вреда, однако ВС РФ с таким подходом не соглашается. В Определении СКГД ВС РФ от 11 июня 2019 г. № 25-КГ19-3 была рассмотрена ситуация с кражей ноутбука, в последующем возвращенного истцу. Нижестоящие суды отказали в иске, имея в виду правило п. 2 ст. 1099 ГК РФ, однако ВС РФ отметил, что, во-первых, ввиду отсутствия ноутбука истец не мог пользоваться мессенджерами и др., т.е. вести социальную жизнь; во-вторых, ноутбук содержал личные данные, фотографии, которые мог бы просматривать истец. ВС РФ отменил акты об отказе в компенсации морального вреда и отправил дело на пересмотр с указаниями, по существу предопределяющими взыскание. Таким образом, если одно и то же действие образует и нарушение имущественных прав, и нарушение неимущественных прав и интересов потерпевшего, моральный вред может быть возмещен; в указанном деле можно усмотреть взыскание компенсации вследствие «интереса особого пристрастия».

Кроме того, в России жесткость правила о невозможности компенсации морального вреда за нарушение имущественного права компенсируется тем обстоятельством, что ст. 15 Закона о защите прав

потребителей прямо закрепляет возможность требовать компенсации морального вреда, причиненного потребителю в связи с неисполнением продавцом или исполнителем договорных обязательств. Таким образом, значительная часть классических дел, когда нарушение должником договорного обязательства (т.е. имущественного права кредитора) влечет физические или нравственные страдания для кредитора, может быть справедливо разрешена со ссылкой на Закон о защите прав потребителей.

В связи с этим исключение компенсации морального вреда, причиненного нарушением имущественных договорных прав, сохраняет эффект только в контексте ситуаций, когда стороной, пострадавшей в результате нарушения договора, является гражданин, не выступающий в качестве потребителя.

Ограничение компенсации морального вреда в договорах, заключаемых двумя непредпринимателями, вызывает определенные сомнения. Так, при продаже жилого дома продавец, обманувший покупателя по вопросу о свойствах объекта, которые хотя и не влияют на стоимость дома, но причиняют покупателю неудобства неимущественного характера, несет риск возможности расторжения договора или взыскания убытков, а также признания его недействительным по основаниям обмана или введения в заблуждение. Требования о расторжении договора, привлечении к договорной ответственности и о недействительности являются, очевидно, более сильными средствами правовой защиты покупателя. Диспропорция, выражающаяся в допустимости применения сильных средств защиты при серьезном нарушении неимущественных интересов покупателя, объективированных в гражданско-правовом договоре, и при этом в невозможности использования иска о компенсации морального вреда, возникающего в результате нарушения таких имущественных прав, едва ли может быть признана достаточно продуманным элементом правовой системы. Представляется, что взыскание компенсации морального вреда в сходной ситуации в случае предпринимательского статуса продавца (который вводит отношения в орбиту Закона о защите прав потребителей) и принципиальный отказ от возмещения морального вреда в ситуации, когда продавец не действует как предприниматель, является в определенной мере искусственным разграничением.

Впрочем, представляется, подход ВС РФ к приведенному выше делу о краденом ноутбуке может сделать возможным и возмещение морального вреда за нарушение договора, если в результате такого нарушения затронуты достойные защиты неимущественные интересы потерпевшего.

#### ***12.4. Активная легитимация на иск о возмещении морального вреда: гражданин***

Истцом по требованию о компенсации морального вреда, судя по буквальному тексту ГК РФ, может являться только физическое лицо (см. ст. 151 и п. 11 ст. 152 ГК РФ). В литературе затрагивается вопрос о том, каким критериям должен соответствовать истец, чтобы получить сумму присуждения. Исходя из господствующего взгляда на компенсацию морального вреда как на инструмент корректирующей справедливости, воплощающий в первую очередь компенсаторную функцию гражданско-правовой ответственности, проблемным вопросом оказывается присуждение возмещения в пользу двух групп жертв — физических лиц.

К первой группе относятся истцы, находящиеся в вегетативном состоянии. Если гражданин не может осознать, во-первых, факт причинения ему морального вреда, во-вторых, факт выплаты ответчиком возмещения, в-третьих, не может провести логическую связь между моральными страданиями и выплаченной суммой компенсации и испытать, возможно, подразумеваемое законом удовольствие от компенсации, то постановка вопроса о том, подлежит ли такой моральный вред компенсации, при всей бесчеловечности кажется имеющей определенные догматические основания.

Вторая группа жертв, возможность компенсации вреда которым может быть поставлена под сомнение исходя из описанных выше соображений, состоит из малолетних детей, а также лиц, которые в силу тех или иных психических заболеваний не могут осознавать связь между своими страданиями и получением возмещения. Эти лица отличаются от людей в вегетативном состоянии, они действительно могут испытывать как минимум физические страдания. Однако они не могут испытывать нравственных страданий (например, от оскорбления) и едва ли могут осознавать факт выплаты компенсации и испытать соответствующее удовлетворение в результате такого возмещения.

В российской судебной практике мы не нашли ни одного судебного акта, где суд явно сослался бы на снижение размера выплаты по той причине, что истец не в состоянии осознавать понесенные им страдания или испытать удовлетворение в результате компенсации морального вреда ввиду возраста или состояния здоровья. Хотя это может быть вызвано различными причинами, среди которых традиционная скупость аргументации судебных актов, мы склонны полагать, что отсутствие таких судебных актов означает следование нашим порядком вслед за европейскими, где, судя по имеющимся публикациям, распространяется идея если не о полном равенстве компенсаций



истцам, находящимся в сознании и без него, то как минимум о недопустимости значительной разницы между присуждением бессознательному истцу и потерпевшему, получившему такие же повреждения, но остающемуся в сознании.

Нет сомнений в том, что положительно должен решаться вопрос о возмещении морального вреда лицам, которые однозначно испытывали физические страдания, пусть они и не могут осознать причинную связь между ними и возмещением морального вреда в деньгах. В этом случае первостепенное значение должен иметь фактор наличия физических страданий. Если соответствующие законные представители добьются компенсации и смогут потратить эти средства на улучшение условий жизни пострадавших, объективно факт компенсации будет налицо, пусть субъективно пострадавший причинно-следственную связь и не осознает.

Интересно, что аргументация в пользу присуждения компенсации бессознательным истцам выстраивается вокруг двух ключевых аргументов. Первый из них состоит в необходимости защиты утраченного блага вне зависимости от того, в состоянии ли истец осознавать утрату блага, т.е. в определенной объективизации морального вреда. В рамках первого из аргументов понятие морального вреда как физических и нравственных страданий, которые понес данный конкретный истец, несколько модифицируется исходя из широко применяемого в частном праве метода замены конкретного лица неким абстрактным среднестатистическим лицом: под моральным вредом начинают подразумеваться те страдания, которые должно было бы потерпеть среднее разумное лицо в результате совершенного ответчиком посягательства на личные блага. Второй аргумент сводится к штрафной функции деликтного права, которая используется традиционной доктриной примерно так же, как это делают сторонники экономического анализа права. Одним из вариантов проявления второго аргумента является ссылка на общественное мнение, которое исходя из соображений «социальной справедливости» требует взыскания компенсаций в пользу бессознательных истцов и детей. О субъективном и объективном подходе к определению морального вреда и размера компенсации см. п. 12.9 комментария к настоящей статье.

### ***12.5 Активная легитимация на иск: юридическое лицо***

Интересна эволюция взгляда российского правопорядка на вопросы о наличии личных неимущественных прав у юридического лица и о возможности юридического лица испытывать физические и нравственные страдания. Несмотря на то что ст. 151 ГК РФ всегда говорила о возмещении морального вреда в пользу гражданина, в 2005 г. Пле-

нум ВС РФ дал разъяснение, в силу которого правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию гражданина, применяются и в случаях распространения таких сведений в отношении юридического лица (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3; см. также Определение КС РФ от 4 декабря 2003 г. № 508-О). Однако в 2013 г. в ГК РФ были внесены изменения, исключающие взыскание морального вреда за нарушение деловой репутации юридических лиц (п. 11 ст. 152 ГК РФ).

С учетом описанного изменения ГК РФ, а также сохранения в силе редакции ст. 151 ГК РФ, говорящей о взыскании морального вреда в пользу гражданина, представляется, что *de lege lata* компенсация морального вреда юридическим лицам в настоящее время невозможна. Это сейчас прямо подтверждает и ВС РФ (см. Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденный Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.). В обоснование такого подхода высказывается ряд аргументов, отсылающих к природе юридического лица: во-первых, все права юридических лиц, которые в какой-то степени аналогичны личным неимущественным правам граждан, следует относить к имущественным, вследствие чего правильным средством защиты является взыскание убытков; во-вторых, юридическое лицо не может испытывать ни боли, ни страданий.

Против этих аргументов могут быть высказаны некоторые возражения. Сведение всех прав юридических лиц к имущественным вызывает особенную настороженность применительно к некоммерческим организациям (политическим партиям, религиозным организациям и др.). Даже если предположить, что религиозная организация сможет доказать снижение сумм пожертвований в результате распространения порочащих сведений об этой организации, может возникнуть вопрос о возможности взыскания недополученных пожертвований как «упущенной выгоды» в смысле ст. 15 ГК РФ; при этом в любом случае может быть затруднительным доказывание, даже с разумной степенью достоверности, размера снижения пожертвования.

Аргумент о невозможности страдания юридического лица, на первый взгляд кажущийся весомым, несколько ослабляется следующим соображением. Как правило, юридическое лицо находится в корпоративных, трудовых либо каких-то иных достаточно тесных отношениях с некоторым количеством физических лиц: в основном это граждане, выполняющие функции органов юридического лица, и работники, а также члены, учредители или участники таких организаций. Могут ли такие физические лица предъявить требование о компенсации мораль-

ного вреда, основанные, например, на нарушении права юридического лица на справедливое судебное разбирательство или на причинении вреда репутации такой организации? Например, может ли основатель благотворительного фонда потребовать возмещения своих нравственных страданий, возникших в результате распространения порочащей репутацию такого фонда недостоверной информации? Ответ, скорее всего, будет отрицательным. В ряде правопорядков такой иск допускается, но требуется, чтобы те или иные связанные с организацией граждане претерпевали «значительный» или достаточно серьезный моральный вред. В России такое требование формально не выражено, но есть подозрения, что иск таких связанных с организацией физических лиц не будет удовлетворен по той причине, что нарушено соответствующее право юридического лица. И действительно, целесообразность признания за связанными с организацией гражданами права на предъявление прямого иска к причинителю вреда представляется неочевидной по следующим причинам. Во-первых, множество мелких исков от различных связанных с организацией граждан (членов ассоциации, ее руководителя, бухгалтера и других лиц, испытывавших моральные страдания в результате причинения вреда правам организации) загромождают судебную систему; во-вторых, истцы, осознавая незначительный размер потенциального присуждения, едва ли сочтут подачу иска эффективным поведением.

Впрочем, полностью исключить перспективы такого иска в российском праве нельзя, если нарушение прав организации очевидно нарушило бы то или иное нематериальное благо соответствующих граждан. Например, диффамация в отношении фонда, названного в честь его основателя, может косвенно посягать на неимущественное право этого основателя на доброе имя.

Как бы то ни было, по всей видимости, требование о компенсации морального вреда, которое заявляется юридическим лицом, за указанным выше редким исключением, выступает единственным правовым способом «агрегирования» множества небольших требований директора, сотрудников и др. о компенсации морального вреда. Хотя присуждение будет в пользу юридического лица, а не в пользу тех, кто в действительности страдал, такое решение, исходя из превентивной функции гражданско-правовой ответственности, может оказаться более предпочтительным, чем полное освобождение лица, нарушившего неимущественные права юридического лица, от гражданско-правовой ответственности.

Показательным представляется рассмотрение примера с учебным заведением. Если в отношении некоего учебного заведения, являю-

шегося некоммерческой организацией, распространяются оскорбительные мнения или предположения, которые не могут быть признаны суждениями о фактах, убытки в собственном смысле как имущественные потери вполне могут не возникнуть. Оскорбительные мнения могут никак не повлиять на объективные количественные показатели (конкурс, количество набираемых на коммерческой основе студентов). Последствия распространения оскорбительных мнений могут выразиться в том, что более талантливые абитуриенты изберут другое учебное заведение. Невозможность защиты неимущественного права юридического лица на нераспространение оскорбительных мнений приведет к отсутствию какого-либо стимула для третьих лиц не распространять такие оскорбительные мнения.

В то же время нельзя, однако, не признать, что компенсация морального вреда юридическому лицу – намного более опасный институт, чем компенсация физическим лицам. В ситуации отсутствия у судьи четких ориентиров по сумме присуждения и с учетом особенностей российской правовой системы дозволение компенсации морального вреда может привести к неприемлемым результатам. В отличие от большинства гражданско-правовых институтов, применение которых основано хотя бы на каких-то более или менее проверяемых показателях, создающих объективные границы судейского творчества, при присуждении суммы морального вреда юридическому лицу суды (особенно в первое время) не были бы связаны ничем, кроме собственной фантазии. Астрономические суммы взыскания могут превратить компенсацию морального вреда юридическому лицу из собственно правового института в инструмент произвольного принудительного изъятия денег. С учетом этого фактора, имеющего, как представляется, намного больший вес, чем догматические построения, занимаемая российским законодателем позиция о невозможности компенсации морального вреда на данном конкретно-историческом этапе развития представляется заслуживающей поддержки.

В то же время здесь следует сделать две оговорки.

Во-первых, возможность защиты интереса юридического лица в соблюдении разумного срока судебного разбирательства посредством взыскания денежной компенсации нашла свое выражение в практике ЕСПЧ, в частности в известном в России Постановлении от 6 апреля 2000 г. по делу «Коммингерсоль С.А. (Comingersoll S.A.) против Португалии» (жалоба № 35382/97). Это Постановление ЕСПЧ стало приводиться в обоснование возможности взыскания репутационного вреда в пользу юридического лица, хотя в действительности рассмотренное

ЕСПЧ дело не касалось распространения порочащей информации. Отмечалось, что присуждение ЕСПЧ компенсации в пользу юридического лица было обусловлено в том числе отсутствием у ЕСПЧ возможности предоставить истцу иное средство правовой защиты на случай нарушения разумного срока судебного разбирательства. Несмотря на соображение, несколько снижающее удельный вес этого акта ЕСПЧ при решении вопроса о возможности причинения взыскания морального вреда в пользу юридического лица, интересно проследить аргументацию Суда в этом вопросе. В указанном Постановлении Суд сослался на то, что директорам и акционерам коммерческой корпорации были причинены значительное неудобство и длительная неопределенность как минимум в ежедневных делах компании. В совпадающем мнении, составленном Христосом Розакисом, отмечается отсутствие видимых причин для присуждения морального вреда (*non-pecuniary harm*) компании не в силу беспокойств или страданий, которые испытывает «человеческий компонент» компании, но потому что, являясь юридическим лицом, компания имеет собственные качества, такие как репутация, которые могут быть повреждены действием или упущением государства.

Таким образом, сейчас, несмотря на невозможность присуждения морального вреда, юридическим лицам может быть присуждена (и регулярно присуждается) компенсация за нарушение разумного срока судебного разбирательства. Хотя закон о такой компенсации (Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок») и принимался исключительно во исполнение одного из постановлений ЕСПЧ, сложно не заметить, что в результате имплементации позиции Суда в национальный правопорядок внутренняя логика регулирования оказалась нарушенной.

Во-вторых, в настоящих условиях невозможность возмещения морального вреда в пользу организации не означает, что невозможно возмещение убытков в виде потери организацией своей деловой репутации. В той степени, в которой ущерб репутации может повлиять на размер ее доходов или спровоцировать те или иные расходы, направленные на исправление причиненного ущерба, организация вправе требовать возмещения убытков. Согласно актуальной судебной практике ВС РФ, если точный размер убытков не может быть установлен, но их наличие очевидно, суд должен присудить возмещение убытков на основании принципов разумности, справедливости и добросовестности. См. подробнее комментарий к ст. 15 ГК РФ.

### ***12.6. Пассивная легитимация по иску о возмещении морального вреда***

Специфика установления ответчика в ситуации причинения морального вреда отсутствует. В случае присуждения морального вреда за нарушение имущественных прав по Закону о защите прав потребителей моральный вред возмещает, как правило, продавец, исполнитель или производитель, обязанный к возмещению материального вреда. В случаях взыскания деликтного морального вреда ответчик традиционно определяется посредством учений о противоправности поведения и причинно-следственной связи.

### ***12.7. Основания ответственности***

Вопрос об основаниях компенсации морального вреда не раскрывается в ст. 12 ГК РФ, поскольку указанная общая норма устанавливает такую компенсацию как способ защиты гражданских прав, применимый в случае деликтов (ст. 1064), когда вина является условием ответственности (кроме случаев, когда предусмотрена безвиновная ответственность (см. ст. 1100 ГК РФ)), и в случае нарушения договорных обязательств (ст. 393 и соответствующие положения Закона о защите прав потребителей).

### ***12.8. Серьезность страданий истца***

Многие правопорядки устанавливают, что требование о компенсации морального вреда может быть удовлетворено судом только при условии, что страдания истца являются достаточно серьезными. Требование «серьезности» моральных страданий выражается в том, что, например, в случае смерти лица право на компенсацию имеют лишь его близкие родственники, но не лица, находящиеся в сравнительно отдаленной кровной связи, и тем более не друзья. Проявлением требования «серьезности» можно считать невозможность в ряде правопорядков требовать компенсации морального вреда в случае уничтожения домашнего животного. Российские суды в некоторых делах взыскивают компенсацию морального вреда в случае смерти родственников, не являющихся близкими, например внуков, бабушек, племянников.

В некоторых случаях функциональным аналогом требования серьезности причиненного вреда выступают: ограничительное толкование перечня материальных благ (ст. 151) и выводимое из него отсутствие противоправности в случае «несерьезных» посягательств; возложение на истца невыносимого бремени доказывания страдания (в случае морального вреда за страдание без боли), что также приводит к отказу в иске по мотиву недоказанности элементов гражданского правонарушения.

### ***12.9. Объективный или субъективный подходы к оценке страданий***

Как было отмечено выше, в отношении компенсации морально-го вреда могут быть условно выделены два альтернативных подхода: субъективный стандарт (страдания данного конкретного потерпевшего (см. ст. 1101 ГК РФ)) или объективный стандарт (то, как пострадал бы средний потерпевший при вредоносном взаимодействии такого рода). Вопрос о выборе подхода представляет определенную сложность. Как было показано выше, отсутствуют основания к снижению сумм возмещения в связи с субъективными свойствами потерпевших детей и лиц, находящихся в вегетативном состоянии. Аналогично субъективные факторы, характеризующие потерпевшего, не могут быть основанием для снижения размера компенсации в случае, если вред такого рода является привычным для данного потерпевшего. Примером отхода от этого простого правила является случай необоснованной «субъективизации» морального вреда в одном из дел ВС РФ. Суд отправил на пересмотр дело о взыскании морального вреда в пользу содержащегося в ненадлежащих условиях в следственном изоляторе истца, в котором нижестоящие суды взыскали в пользу истца 4,5 тыс. руб. ВС РФ не поддержал взыскание даже такой символической суммы по причине того, что истец ранее уже попадал в следственный изолятор и (это не сказано прямо в тексте Определения СКГД ВС, но представляется неизбежным следствием из рассуждений) вряд ли мог испытывать страдания, находясь в антисанитарных и противоречащих закону, но привычных для себя условиях (Определение СКГД ВС РФ от 14 ноября 2017 г. № 84-КГ17-6). Это представляется неверным.

Думается, однако, что ст. 1101 ГК РФ, говорящая об учете особенностей потерпевшего, может использоваться для увеличения размера компенсации по сравнению с обычным присуждением как минимум в случаях, когда особенности потерпевшего, обуславливающие повышенные переживания, очевидны для причинителя и вред причинен умышленно. Так, умышленное нанесение вреда здоровью женщине с явными признаками беременности может быть оценено дороже, чем нанесение такого же вреда «среднему человеку», поскольку беременная женщина с очевидностью для умышленно действующего нарушителя будет испытывать не только стандартный набор переживаний, но и страх потери ребенка в связи с понесенным вредом или в связи с вызванными таким вредом переживаниями.

### ***12.10. «Доказывание» морального вреда***

В силу разъяснения Пленума ВС РФ предполагается моральный вред (т.е. физические и нравственные страдания) в случаях, когда вред причинен здоровью (п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 26 ян-

варя 2010 г. № 1). Иными словами, в таких ситуациях доказывание морального вреда не требуется.

Ситуация с компенсацией вреда за страдание, не связанное с повреждением здоровья, несколько более сложная. Отнесение страдания без боли к фактам, т.е. к возможным к доказыванию обстоятельствам, далеко не очевидно. Страдание может как иметь объективное выражение (обращение потерпевшего к врачу либо к психологу с жалобами на расстройство, традиционно связанные со стрессом, – гипертонический криз, ухудшение сна, навязчивые идеи), так и – в случае крепкой психики потерпевшего – не иметь.

В практике также сложилась презумпция наличия морального вреда в случае некоторых незаконных действий (незаконного увольнения; на основании решения ЕСПЧ – содержания в российских тюрьмах и изоляторах; нарушения прав потребителя). Сравнительно недавно ВС РФ, опровергая ранее сложившуюся практику, высказался в пользу возможности компенсации морального вреда в случае незаконного привлечения к административной ответственности (Определение СКГД ВС РФ от 13 сентября 2016 г. № 77-КГ16-2). Складывается ощущение, что в случаях, когда суды отказывают во взыскании компенсации в связи с якобы недоказанностью страдания, они в действительности имеют в виду отсутствие значительного морального вреда, выходящего за пределы обычного беспокойства, а вовсе не считают необходимым доказывать внутренние переживания потерпевшего.

### *12.11. Суммы присуждения*

Затруднительность решения методом частного права проблемы нарушения базовых неимущественных прав приводит к произвольности установления тем или иным правопорядком суммы компенсации. Эта произвольность приводит к тому, что ориентировочная сумма взыскания является одной из ключевых характеристик института компенсации неимущественного вреда в конкретном правопорядке. При этом идея формального равенства предполагает, что произвольность установления суммы компенсации проявляется лишь на стадии первоначального формирования судебной практики; гипотетически с момента, когда в судах утвердилось воззрение о сумме компенсации за типовые нарушения, задача судьи существенно упрощается и сводится к реализации усмотрения в определении взыскания в установленных для типичных ситуаций пределах. Примером является день незаконного содержания под стражей. Так, ВС РФ указал, что моральный вред за один день содержания под стражей в сумме 2 тыс. рублей является разумным (Определение СКГД ВС РФ от 14 августа



2018 г. № 78-КГ18-38), а в сумме около, как следует из анализа прессы, 10 тыс. руб. – неразумным (Определение СКГД ВС РФ от 28 июля 2015 г. № 36-КГ15-11).

Установление в России ориентировочных сумм присуждения компенсации за причинение вреда здоровью существенно затруднено. В силу не всегда, как представляется, адекватного понимания защиты персональных данных в текстах судебных актов часто скрываются и суммы взыскания, и вид повреждения, которое нанесено ответчиком истцу. Весьма часто судебный акт о компенсации морального вреда содержит следующую информацию: в результате действий ответчика истцу причинены телесные повреждения <данные изъяты>, суд находит справедливым присудить компенсацию в сумме <данные изъяты>. Это «данные изъяты» затрудняет анализ статистики возмещения морального вреда в российском правопорядке.

Насколько понимают авторы комментария, значительная часть ученых и практикующих юристов обнаруживают следующие сложности в вопросе о размерах компенсации морального вреда: суммы возмещений а) в недостаточной степени предсказуемы и могут варьироваться без каких-либо серьезных оснований для дифференциации и (б) в целом очень незначительны. Последнее является особенно беспокоящим обстоятельством, тем более в случаях причинения вреда жизни или здоровью, так как символизирует неприемлемо низкую «цену» жизни и физических страданий. Данная ситуация требует скорейшего исправления.

Применительно к моральному вреду, возникающему в результате посягательств на жизнь и здоровье, в некоторых правопорядках (Франция, Италия, Англия и др.) размеры компенсаций морального вреда обычно определяются исходя из утверждаемых судами или иными авторитетными учреждениями таблиц с ориентировочными, рекомендуемыми суммами возмещений для типичных ситуаций нарушения неимущественных прав, и суды стараются следовать этим рекомендациям, отступая от них лишь при наличии каких-то специфических особенностей. В других странах (например, Германия) издаются неофициальные сборники с данными о размерах компенсаций морального вреда с привязкой к виду вреда, которые со временем, как правило, обретают определенную убедительную силу для судов. Оба варианта позволяют, не лишая суды свободы усмотрения, в определенной степени унифицировать судебную практику и исключить явную несправедливость, когда при одних и тех же обстоятельствах суммы компенсаций разнятся в разы. Пока ни одна из указанных моделей в России не реализована.

Кроме того, было замечено отсутствие увеличения суммы присуждения морального вреда во времени. Суммы взыскания за моральный вред определенного вида не растут, несмотря на инфляцию. Это абсолютно нелогично. Очевидно, что необходимость увеличивать суммы взысканий во времени в связи с инфляционными процессами назрела.

Насколько известно, в настоящее время в России, с одной стороны, проводится работа по обобщению опыта и по составлению подобных частных таблиц компенсаций, с другой — обсуждаются инициативы о составлении таблиц сумм компенсаций, которые будут обладать той или иной юридической силой

### 13. Прекращение или изменение правоотношения

Наряду с субъективными правами (такими как, например, вещные и обязательственные) в гражданском праве существуют также меры возможного поведения, которые состоят в правомочии одного лица собственным односторонним волеизъявлением изменить частноправовую сферу другого лица (создать, изменить или прекратить одно или несколько его прав и (или) обязанностей) или инициировать подобное изменение таким образом, что оно произойдет помимо (или даже против) воли указанного другого лица. Речь идет, например, о прекращении обязательств и расторжении договора в одностороннем или судебном порядке (п. 1 и 2 ст. 310, п. 2 и 4 ст. 450, п. 1 и 2 ст. 450.1 ГК РФ), о прекращении обязательственного требования зачетом встречного однородного требования (ст. 410 ГК РФ), об уменьшении цены дефектного встречного предоставления (абзац второй п. 1 ст. 475, абзац третий п. 1 ст. 612, абзац третий п. 1 ст. 723 ГК РФ), об оспаривании сделки (абзац четвертый ст. 12, п. 2 ст. 166 ГК РФ), об акцепте оферты (п. 1 ст. 438, п. 1 ст. 429.2 ГК РФ), об отзыве согласия (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) и др.

Рассматриваемая мера возможного поведения именуется в доктрине *преобразовательным* или *секундарным правом* (*Gestaltungsrecht*); этой категории, принятой в науке, следующей германской традиции, соответствует категория *власти* (*power*) в доктрине, следующей традиции общего права.

Такому праву секундарно-управомоченного лица не корреспондирует какая-либо юридическая обязанность адресата подобного волеизъявления (исполнения которой можно было бы требовать), однако в результате приобретения этим волеизъявлением требуемого эффекта его адресат оказывается связан им, т.е. вынужден претерпевать состоявшееся изменение собственной частноправовой сферы.

Реализация секундарного права может осуществляться как неюрисдикционным способом, т.е. посредством совершения односторонней сделки (п. 2 ст. 154 ГК РФ), состоящей, например, в отказе от договора или в одностороннем изменении его условий, так и юрисдикционным, т.е. посредством обращения в суд с притязанием, которое характеризуется как *преобразовательное* или *конститутивное*.

К числу упомянутых притязаний относятся требования *о прекращении или об изменении правоотношения* (абзац двенадцатый ст. 12 ГК РФ) наряду с требованиями о признании недействительными оспоримой сделки (абзац четвертый ст. 12 ГК РФ) или решения собрания (абзац пятый ст. 12 ГК РФ).

Вопрос о допустимости предъявления в суд и удовлетворения судом преобразовательных исков, а также о корректности выделения подобных требований в самостоятельную группу (отдельную от исполнительных и установительных требований) был и остается дискуссионным в доктрине. Вместе с тем у сторонников самостоятельного значения преобразовательных исков в активе весомые аргументы, основанные на нормах материального и процессуального права, прямо допускающих такие требования и устанавливающих порядок их разрешения, а также очевидные потребности практики, тогда как у их оппонентов — только морально устаревшие доводы об отсутствии у суда функции изменения или прекращения субъективных прав сторон.

Такой способ защиты, как прекращение или изменение правоотношения, закреплен в отечественном законе начиная с Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (часть первая ст. 6) и ГК РСФСР 1964 г. (абзац пятый части первой ст. 6).

Наиболее типичной формой реализации этого способа защиты является иск о расторжении договора в ответ на существенное нарушение договора или в ряде случаев доступное пострадавшему кредитору право на внесудебный отказ от существенным образом нарушенного договора (ст. 450–453, п. 2 ст. 310, п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405 ГК РФ и др.). Специальные положения о механизмах судебного и внесудебного расторжения договора в ответ на его нарушение установлены в специальных нормах ГК РФ (например, ст. 475, 523, 619, 723 ГК РФ и др.). Расторжение договора влечет прекращение обязательств, а в ряде случаев и их изменение.

Прекращение или изменение договорных правоотношений в ответ на нарушение договора в судебном порядке требуется тогда, когда а) у инициатора подобной трансформации нет права на односторонний отказ от договора или на одностороннее изменение его условий (п. 1 и 2 ст. 310 ГК РФ) или б) такое право имеется, но у данного лица нет

полной уверенности в наличии оснований для реализации этого права, оно не хочет рисковать и готово дожидаться решения суда. Например, далеко не всегда вопрос о существенности нарушения договора очевиден, а попытка внесудебного отказа от договора может обернуться для отказавшейся стороны иском контрагента, не согласного с отказом, признанием судом нарушения несущественным, состоявшегося отказа – не имевшим эффект, а это в конце концов может обернуться тем, что ошибочно отказавшаяся сторона вместо жертвы сама окажется невольным нарушителем договора.

Кроме того, изменение правоотношения можно увидеть в реализации права контрагента легально приостановить свое встречное исполнение в ответ на неисполнение своих обязательств другой стороной договора (п. 2 ст. 328 ГК РФ<sup>1</sup>), права займодавца потребовать досрочного погашения займа при нарушении заемщиком тех или иных условий договора (ст. 811, 813, 814 ГК РФ<sup>2</sup>), а также права покупателя, заказчика или арендатора на соразмерное уменьшение договорной цены в ответ на получение от контрагента некачественного предоставления (ст. 475, 723 ГК РФ и др.) (см. подробнее о данном способе защиты подп. «е» п. 1.10 комментария к ст. 15 ГК РФ): реализация этих мер по сути также приводит к изменению условий договора.

В контексте договорных отношений условия и процедуры реализации таких способов защиты могут настраивать и стороны договора (например, конкретизируя условия расторжения или изменения договора в ответ на его нарушение). Подобная свобода имеется в той степени, в которой сами нормы закона, от которого стороны отступают, являются диспозитивными.

Более того, в контексте договорных правоотношений стороны могут согласовать в договоре и такие способы защиты, направленные на изменение или прекращение правоотношения, которые вовсе закону неизвестны. Это следует из системного толкования комментируемой нормы, устанавливающей прекращение или изменение правоотношения в качестве способа защиты права, и положений ст. 421 ГК РФ о свободе договора. Так, в договоре поставки стороны могут установить в качестве реакции на просрочки в оплате ранее поставленных партий

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 198–209 (автор комментария к ст. 328 – А.Г. Карапетов).

<sup>2</sup> Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. С. 417–462, 474–497 (автор комментария к ст. 811, 813, 814 – А.Г. Карапетов).

право поставщика на перевод покупателя на будущее на предоплату по заявлению поставщика: по сути, стороны предусматривают изменение условий о порядке оплаты в ответ на допущенное нарушение договора. Могут стороны установить в контракте и автоматическое изменение тех или иных условий договора на случай нарушения (например, отмену скидок на поставку последующих партий при нарушении покупателем своих обязательств по предыдущим), а также автоматическое прекращение договора в ответ на нарушение (постановления Президиума ВАС РФ от 13 августа 2002 г. № 10254/01 и от 13 ноября 2012 г. № 7454/12). Такие положения контракта правомерны в той степени, в которой они не нарушают конкретные законодательные запреты, основы нравственности или правопорядка и не поощряют недобросовестное поведение.

Прежде чем подать иск о расторжении или изменении договора, истец должен ранее направить предложение своему контрагенту расторгнуть или изменить договор. Направление такого предложения является элементом обязательного досудебного порядка урегулирования (п. 2 ст. 452 ГК РФ). Соответственно, расторжение договора или его изменение по суду происходит, если прекращение или изменение отношений наиболее логичным и естественным для гражданского оборота образом — по соглашению сторон (п. 1 ст. 450 ГК РФ) — оказалось невозможным.

Расторжение или изменение договора по мотивам его нарушения является не столько мерой ответственности и санкцией за нарушение, сколько механизмом защиты потерпевшей стороны от продолжения претерпевания негативных последствий состоявшегося однократного или длящегося нарушения либо предотвращения предвидимого нарушения.

В контексте правового регулирования статуса физических лиц изменение или прекращение правоотношения в качестве средства защиты права можно, в частности, увидеть в механизме отстранения опекуна или попечителя за ненадлежащее исполнение своих обязанностей (п. 3 ст. 39 ГК РФ).

В сфере корпоративного права изменение или прекращение правоотношения в качестве способа защиты права можно увидеть в механизмах исключения участника непубличного общества (п. 1 ст. 67 ГК РФ) и некоторых других институтах. В принципе, в уставе непубличного общества вполне можно в известных пределах как уточнить и конкретизировать правовой режим таких способов защиты, так и предусмотреть какие-то особые варианты изменения правоотношения в ответ на нарушение одним из участников корпорации своих обязанностей

(например, блокирование права голоса по тем или иным вопросам у участника, который начинает вредить интересам корпорации, создавая тем самым основания для своего исключения, на время реализации судебной процедуры исключения из общества).

В контексте отношений участников общей собственности к такой категории способа защиты права можно отнести перевод прав и обязанностей покупателя доли в общей собственности при нарушении преимущественного права покупки (п. 3 ст. 250 ГК РФ). То же касается и исков о переводе прав при нарушении иных преимущественных прав, предусмотренных в иных законах (например, в Законе об ООО).

Иначе говоря, специальные нормы ГК РФ или условия сделки (в том числе устав юридического лица) могут устанавливать конкретные условия реализации и механизмы реализации такого генерального способа защиты, как прекращение или изменение правоотношения. По сути, прекращение или изменение правоотношения некими самостоятельными способами защиты в силу своей неопределенности не являются. Это, скорее, общая идея, которая проявляется в целом веере отдельных способов защиты, каждый из которых в контексте соответствующих областей гражданского права имеет свою специфику.

Могут ли лица, пострадавшие от нарушения права, заявлять в суд требования о прекращении или изменении правоотношения за рамками тех конкретных случаев, условий и процедур, которые установлены в специальных нормах закона или условиях сделки? Как представляется, в контексте договорных правоотношений это вряд ли можно позволить, так как прекращение и тем более изменение правовой связи между сторонами договора по воле одной из сторон (даже при осуществлении этой процедуры в судебном порядке) не может не опираться на конкретное правовое основание. Общего упоминания в комментируемой норме вряд ли достаточно. Так, например, если это не легализовано конкретными нормами закона, обычаями или условиями сделки, покупатель не может произвольно требовать по суду уменьшения цен отгружаемого ему по договору товара в ответ на просрочку в поставке одной из партий, банк не может потребовать от заемщика предоставления дополнительного обеспечения в ответ на просрочку или нарушение какого-то ковенанта, арендодатель не вправе потребовать сокращения срока десятилетней аренды на один год в ответ на то или иное нарушение порядка использования арендованного имущества. Фантазия пострадавшей стороны договора в этом отношении должна быть ограничена.

То же, видимо, следует признать и в контексте иных гражданско-правовых отношений. При крайней необходимости применительно

к относительным правоотношениям суды могут применить по аналогии некоторые нормы ГК РФ о расторжении или изменении договора. Если ни закон или иные источники гражданского права, ни договор не предусматривают основания для удовлетворения требования об изменении или прекращении ранее возникшего правоотношения, в таком иске должно быть отказано.

В целом ряде случаев изменение или прекращение правоотношения не увязано с нарушением прав одной из сторон, а является предусмотренной в законе или сделке возможностью защитить (реализовать) охраняемый законом интерес. Так, в деликтной сфере как потерпевший (кредитор), так и лицо (должник), на которое возложена обязанность возмещения вреда, причиненного здоровью потерпевшего, вправе при определенных обстоятельствах потребовать увеличения или уменьшения размера возмещения соответственно изменению трудоспособности потерпевшего или имущественного положения должника (ст. 1090 ГК РФ). При изменении материального или семейного положения одной из сторон алиментных обязательств по требованию любой из сторон возможно изменение установленного размера алиментов или освобождение от их уплаты (п. 1 ст. 119 СК РФ). Приведенным нормам материального права корреспондирует процессуальная норма о праве заинтересованной стороны путем предъявления нового иска требовать изменения размера и сроков платежей, если после вступления в законную силу решения суда, на основании которого с ответчика взыскиваются периодические платежи, изменяются обстоятельства, влияющие на определение размера платежей или их продолжительность (ч. 3 ст. 209 ГПК РФ).

Сюда же можно отнести расторжение или изменение договора по суду в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ), расторжение или изменение договора присоединения при навязывании слабой стороне несправедливых договорных условий (ст. 428 ГК РФ), выдел в натуре доли из общего имущества (п. 3 ст. 252 ГК РФ), установление или прекращение сервитута (ст. 274, 276 ГК РФ), расторжение брака (ст. 21–23 СК РФ), досрочное прекращение исключительного права публикатора на произведение в судебном порядке по иску заинтересованного лица в случае нарушения публикатором требований в отношении охраны авторства, имени автора или неприкосновенности произведения (ст. 1342 ГК РФ) и мн. др.

Преобразовательное право может быть объектом наследственного преемства. Например, в случае смерти получателя ренты, обратившегося в суд с требованием о расторжении договора ренты, суд приостанавливает производство по делу, поскольку спорное правоотношение

допускает правопреемство (ст. 215 ГПК РФ). Смерть получателя ренты до регистрации в установленном порядке сделки, направленной на расторжение договора ренты, не может служить основанием для отказа в удовлетворении требования о включении недвижимого имущества, переданного по договору ренты плательщику ренты, в состав наследства, поскольку наследодатель, выразивший при жизни волю на возврат этого имущества в свою собственность и впоследствии не отзывавший свое заявление, по не зависящим от него причинам был лишен возможности соблюсти все правила оформления документов для регистрации сделки, в которой ему не могло быть отказано (абзацы третий и четвертый п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

Как и решения по установительным искам, преобразовательные решения не нуждаются в принудительном исполнении и не подлежат таковому. Причиной тому служит то обстоятельство, что цель, ради которой предъявляется преобразовательное требование (изменение или прекращение правоотношения), оказывается достигнутой по общему правилу непосредственно с момента вступления преобразовательного судебного решения в законную силу (п. 3 ст. 453 ГК РФ, п. 4 ст. 445 ГК РФ, п. 1 ст. 25 СК РФ). С этого момента участники спорного правоотношения должны строить свое поведение исходя из его изменения (т.е. нового, определенного решением суда распределения или содержания прав и обязанностей) или прекращения.

Если интерес одной стороны изменяемого или прекращаемого правоотношения заключается в получении от другой какого-либо имущественного предоставления, связанного с изменением или прекращением договора, например в устранении неравноценности исполнений (абзац второй п. 4 ст. 453 ГК РФ) либо в возмещении убытков, причиненных изменением или расторжением договора (п. 5 ст. 453 ГК РФ), помимо преобразовательного требования заинтересованной стороне необходимо также предъявить требование о присуждении, при удовлетворении которого возможно принудительное исполнение в рамках исполнительного производства.

#### **14. Неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону**

Включение в перечень способов защиты гражданских прав такой меры, как неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону (неприменение незаконного акта), призвано способствовать реализации принципов законности и верховенства права при разрешении споров о гражданских правах.



Вместе с тем неприменение незаконного акта нельзя признать собственно способом защиты гражданских прав. С одной стороны, защита гражданских прав осуществляется по инициативе их носителей (что составляет отличительную черту метода гражданского права, а некоторыми исследователями, включая классиков цивилистической науки, даже выдвигается в качестве критерия отграничения гражданского (частного) права от публичного), тогда как неприменение незаконного акта является обязанностью суда в силу его статуса и роли при отправлении правосудия в ходе разрешения любых дел. С другой стороны, неприменение незаконного акта не может составлять самостоятельного предмета требований истца и ввиду этого соображения также не дает оснований для отнесения к числу самостоятельных способов защиты.

Основой комментируемого фрагмента ГК РФ служит конституционное правило, согласно которому суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом (ч. 2 ст. 120 Конституции РФ).

#### ***14.1. Неприменение нормативного правового акта***

Приведенное положение подробнее раскрыто в законодательстве о судебной системе и процессуальных кодексах. Они предусматривают, что суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции РФ, федеральному конституционному закону, федеральному закону, общепризнанным принципам и нормам международного права, международному договору Российской Федерации, конституции (уставу) субъекта РФ, закону субъекта РФ, принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу (ч. 3 ст. 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе»; ч. 1 и 2 ст. 11 ГПК РФ; ч. 1 и 2 ст. 13 АПК РФ).

Юридическая сила нормативного документа определяется его нахождением на определенном уровне иерархии правовых актов, которая устанавливается Конституцией РФ (абзац второй п. 2 мотивировочных частей определений КС РФ от 10 декабря 2002 г. № 283-О и 284-О).

Применительно к нормам гражданского права иерархия источников конкретизируется в ст. 3 ГК РФ.

При разрешении спора суд выбирает нормы права, подлежащие применению к фактическим обстоятельствам, установленным на этапе исследования доказательств. Процедура выбора подлежащих применению норм права с необходимостью присуща принятию любого судебного решения.

В ходе такого выбора при разрешении любого конкретного дела суд обязан осуществить правовую оценку подлежащих применению нормативных правовых актов в их иерархии, т.е. дать оценку нормам, регулирующим спорные отношения, на предмет соответствия (непротиворечия) нормативному правовому акту большей юридической силы, и в случае их противоречия принять решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими большую юридическую силу (абзац четвертый п. 2 мотивировочной части определений КС РФ от 27 сентября 2016 г. № 1782-О, 1784-О; абзац второй п. 2.1 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П; абзац седьмой п. 2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 июля 2018 г. № 29-П).

Согласно правовой позиции КС РФ, такая оценка служит способом защиты нарушенных прав (абзац тринадцатый ст. 12 ГК РФ), имеющим процессуально-правовое содержание (абзац седьмой п. 2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 июля 2018 г. № 29-П).

Аналогичные правилам ч. 1 и 2 ст. 11 ГПК РФ и ч. 1 и 2 ст. 13 АПК РФ нормы ч. 1 и 2 ст. 15 КАС РФ содержат правила о выборе нормативного правового акта в правоприменительной деятельности, предусматривающие необходимость в процессе применения материального законодательства исходить из иерархии нормативных актов при выявлении противоречий между актами разных уровней (Определение СКАД ВС РФ от 1 августа 2018 Г. № 58-КГ18-13).

Оценке с точки зрения соответствия закону подлежат нормативные акты любого государственного или иного органа, включая нормативные указы Президента РФ, Постановления Правительства РФ (и даже его распоряжения, когда они в нарушение дифференциации, установленной ч. 2 ст. 23 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации», наделяются нормативным свойством, что время от времени имеет место на практике (например, перечень товаров, работ, услуг, в случае осуществления закупок которых заказчик обязан проводить аукцион в электронной форме (электронный аукцион), утвержденный Распоряжением Правительства РФ от 21 марта 2016 г. № 471-р; примерная форма договора, на основании которого осуществляется переход права на добычу (вылов) водных биологических ресурсов от одного лица к другому лицу, утвержденная Распоряжением Правительства РФ от 21 июля 2008 г. № 1029-р), нормативные правовые акты министерств и ведомств, а также нормативные правовые акты государственных органов субъектов РФ и органов местного самоуправления (с той, конечно, оговоркой, что регионы и муниципальные образования не должны быть наделены компетенцией по регулированию гражданских отношений).

Общим принципом при выборе подлежащих применению норм является правило *iura novit curia* (дословно — «суд знает закон»), согласно которому суд не связан правовыми основаниями, указанными лицами, участвующими в деле, и обязан принимать решение о правовой квалификации фактов дела, рассматривая его в соответствии с нормативными актами, которые могут и отличаться от тех, на которые ссылаются лица, участвующие в деле. Суд определяет, какие нормы права следует применить к установленным обстоятельствам (ч. 1 ст. 196 ГПК РФ, ч. 1 ст. 168 АПК РФ). Суд также указывает мотивы, по которым не применил нормы права, на которые ссылались лица, участвующие в деле (абзац третий п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25; см. также п. 126 Постановления ЕСПЧ от 20 марта 2018 г. по делу «Радомилья (Radomilja) и другие против Хорватии» (жалобы № 37685/10 и 22768/12)).

Вместе с тем лица, участвующие в деле, имеют право поставить перед судом вопрос о неприменении нормативного акта, противоречащего акту большей юридической силы (т.е. заявить о противоречии между ними), и о принятии решения в соответствии с последним. Этому праву корреспондирует безусловная обязанность суда рассмотреть данный вопрос, отразив в решении мотивы, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле (ч. 2 ст. 11 и п. 3 ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, ч. 2 ст. 13 и п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ).

Полномочие суда отказать в применении нормативного акта, противоречащего акту большей юридической силы, в конкретном деле, вытекающее из ч. 2 ст. 120 Конституции РФ, выступает неизменным атрибутом независимости судьи как носителя судебной власти, его связанности Конституцией РФ и законом (ч. 1 ст. 120) и одновременно гарантией субъективных прав личности (абзац второй п. 4 Постановления КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П).

Исключением из указанного порядка оценки соответствия нормативного правового акта является оценка закона на соответствие Конституции РФ. В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ подлежащий применению в конкретном деле закон, суд обращается в КС РФ с запросом о конституционности этого закона. Такой запрос может быть сделан судом любой инстанции и в любой стадии рассмотрения дела. В связи с обращением в КС РФ с запросом производство по делу приостанавливается до разрешения запроса КС РФ (ч. 4 ст. 125 Конституции РФ; гл. XIII Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»; п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г.

№ 8; абзац шестой ст. 215 ГПК РФ; ч. 3 ст. 13, п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ). См. подробнее комментарий к ст. 3 ГК РФ.

Применяя при разрешении конкретного дела нормативный правовой акт, противоречащий акту, имеющему большую юридическую силу, суд не выполняет требования закона, т.е. совершает ошибку. Такая судебная ошибка в применении нормы права (применение закона, не подлежащего применению) подлежит исправлению судами вышестоящих инстанций (абзац третий п. 2 мотивировочной части Определения КС РФ от 20 февраля 2014 г. № 466-О).

Указанные пороки судебных актов свидетельствуют о существенном нарушении приведенных норм процессуального законодательства, регулирующего вопросы определения подлежащих применению в деле норм материального права (определения СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2016 г. № 308-КГ15-13732, от 5 апреля 2018 г. № 305-КГ17-19726, от 9 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-15800; определения СКГД ВС РФ от 14 ноября 2017 г. № 78-КГ17-80, от 17 апреля 2018 г. № 50-КГ18-6, 50-КГ18-7; п. 10 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 19 октября 2016 г.; п. 7 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.).

В этом качестве такие пороки судебных актов признаются основанием для их отмены или изменения вышестоящими инстанциями (ч. 2 ст. 330, ч. 2 ст. 397.7 ГПК РФ; ч. 2 ст. 270, ч. 2 ст. 288 АПК РФ; абзац второй п. 2.1 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П; абзац седьмой п. 2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 июля 2018 г. № 29-П).

Приведенные позиции сформулированы в актах КС РФ применительно к нормам ГПК РФ или АПК РФ в отдельности, однако гражданское судопроизводство, посредством которого осуществляют судебную власть суды общей юрисдикции и арбитражные суды, в основных своих началах и чертах должно быть единообразным (абзац первый п. 5 мотивировочной части Постановления КС РФ от 17 октября 2017 г. № 24-П, абзац второй п. 2.2 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П, абзац первый п. 4 мотивировочной части Постановления КС РФ от 11 января 2019 г. № 2-П).

Время от времени суды исходят из неверного представления о том, что они должны следовать правилу о неприменении незаконного акта лишь в том случае, когда акт признан незаконным (недействующим) в порядке абстрактного нормоконтроля, т.е. в результате удовлетворения заявления об оспаривании нормативного акта (гл. 21 КАС РФ, гл. 23 АПК РФ). По этому поводу высшая судебная инстанция разь-

яснила, что согласно абзацу тринадцатому ст. 12 ГК РФ при рассмотрении споров, связанных с защитой гражданских прав, суд не применяет противоречащий закону акт государственного органа или органа местного самоуправления независимо от признания этого акта недействительным (абзац четвертый п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

При этом следует обратить внимание на расхождения в терминологии, описывающей оспаривание правовых актов, в материальных и процессуальных законах. Так, в ст. 13 ГК РФ и в абзаце третьем п. 3 ст. 21 Федерального закона 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 168-ФЗ) применительно как к нормативным, так и к ненормативным актам говорится об их признании *недействительными*. В то же время в процессуальных кодексах говорится о признании нормативных актов *недействующими* (п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ, п. 2 ч. 2 ст. 195 АПК РФ), а ненормативных актов – *недействительными* (ч. 2 ст. 201 АПК РФ).

Если судить по неоднократно использованным формулировкам, ВС РФ последовательно не разграничивает указанные понятия, считая допустимым словосочетание «признание нормативного правового акта недействительным» (см. п. 10 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 6 июля 2016 г., а также ответы на вопрос 24 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за III квартал 2003 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 3 и 24 декабря 2003 г., вопрос 15 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за I квартал 2005 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 4, 11 и 18 мая 2005 г., вопрос 10 Обзора судебной практики ВС РФ за IV квартал 2005 г., утвержденного Президиумом ВС РФ 1 марта 2006 г.). Таким образом, ВС РФ по существу унифицировал терминологию процессуальных законов на основе терминологии материально-правового закона (ст. 13 ГК РФ), выбрав термин «признать недействительным» и редуцировав избыточное понятие «признать недействующим».

Сходным образом КС РФ интерпретирует абзац тринадцатый ст. 12 ГК РФ и разъясняющее его правовоположение, содержащееся в абзаце четвертом п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, – как распространяющиеся и на оценку нормативных актов (абзац четвертый п. 2.1 мотивировочной части Постановления КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П). Коль скоро КС РФ дал норме абзаца тринадцатого ст. 12 ГК РФ именно такое конституционно-правовое истолкование (при рассмотрении споров, связанных с защитой гражданских прав, суд не применяет противоречащий закону как нормативный, так и ин-

дивидуальный акт публичного органа независимо от признания этого акта недействительным), оно является общеобязательным и исключает любое иное истолкование в правоприменительной практике.

Практика тем не менее исходит из того, что данный подход не применяется в ситуации, когда издание незаконного нормативного правового акта входит в качестве отдельного юридического факта в состав, на котором основано требование, рассматриваемое судом. Так, требование о возмещении вреда, причиненного в результате издания нормативного правового акта государственного органа или органа местного самоуправления, не соответствующего закону или иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, может быть удовлетворено лишь в случае, если такой нормативный правовой акт признан недействующим по решению суда (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

#### ***14.2. Неприменение индивидуального акта***

Конституционное положение о принятии судом решения в соответствии с законом в случае несоответствия ему акта государственного или иного органа (ч. 2 ст. 120) и правило о неприменении незаконных актов (абзац тринадцатый ст. 12 ГК РФ) распространяются также на случаи выявления незаконности ненормативных (индивидуальных) актов (абзац четвертый п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Так, ненормативные акты полномочных органов о предоставлении земельных участков на праве постоянного (бессрочного) пользования юридическим лицам, не указанным в п. 1 ст. 20 ЗК РФ, и гражданам, являющимся индивидуальными предпринимателями, изданные после введения в действие ЗК РФ (30 октября 2001 г.), могут признаваться не подлежащими применению в соответствии со ст. 12 ГК РФ как противоречащие закону (п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11).

Отсутствие решения суда о признании недействительным решения государственного органа и незаявление истцом ходатайства о рассмотрении такого требования не лишают его права на защиту избранным им способом (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 июня 1996 г. № 938/96; см. также постановления Президиума ВАС РФ от 14 июля 1998 г. № 2358/98, от 9 февраля 1999 г. № 3409/97).

Согласно обобщениям судебной практики, тот факт, что ненормативный правовой акт не признан в судебном порядке недействительным, а решение государственного органа — незаконным, сам по себе не является основанием для отказа в иске о возмещении вреда, причиненного таким актом, решением. В названном случае суд оценивает законность соответствующего ненормативного акта, решения государственного или

муниципального органа (должностного лица) при рассмотрении иска о возмещении вреда. Защита нарушенного права путем возмещения вреда, причиненного в результате незаконных актов государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, не ставится в зависимость от необходимости оспаривания этих актов по правилам, установленным гл. 24 АПК РФ. Когда истец обращается в суд с иском о возмещении вреда (а не с заявлением о признании недействительным ненормативного акта), в целях установления наличия или отсутствия условий для привлечения публично-правового образования к гражданской ответственности на основании ст. 1069 ГК РФ за причиненный должностным лицом вред суд при рассмотрении данного требования должен оценить спорный акт на предмет его законности. При этом тот факт, что на момент предъявления иска названный акт отменен и, соответственно, нарушение прав и интересов истца прекращено, такой оценке не препятствует (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

#### ***14.3. Последствия противоречия закону локальных актов***

В практике высшей судебной инстанции содержатся также единичные указания на возможность оценки на предмет соответствия закону и неприменения на основании комментируемой нормы в случае противоречия закону таких документов, как локальные нормативные акты (в этом качестве названы, например, решения собраний участников гражданско-правовых сообществ, в частности собственников помещений в многоквартирном доме), приказы руководителей предприятий, учреждений и организаций (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8, Определение СКГД ВС РФ от 14 ноября 2017 г. № 78-КГ17-80).

Между тем последствия несоответствия таких документов закону должны быть производны от определения их места в механизме правового регулирования.

ВС РФ, судя по всему, ориентируясь на их известные регулятивные функции, воспринимает подобные документы, по сути частного характера, в качестве своего рода нормативных актов (источников права особого рода, рассчитанных на применение к неопределенному количеству случаев). Для такого подхода есть некоторые предпосылки: так, определяя решения собраний, практика дополняет легальную дефиницию (п. 2 ст. 181.1 ГК РФ) указанием на их *обязательность* для всех субъектов, имеющих право участвовать в таком собрании, а также для иных лиц (абзац первый п. 103 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, абзац первый п. 6 мотивировочной части Постановления КС РФ от 29 января 2018 г. № 5-П).

В качестве примера подобного документа, имеющего значение для гражданского оборота, следует привести положение о закупке, которое может утверждаться советом директоров или коллегиальным исполнительным органом хозяйственного общества (п. 4 и 5 ч. 3 ст. 2 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»). Такое положение представляет собой правовой акт, регламентирующий закупочную деятельность заказчика и содержащий требования к закупке, в том числе порядок подготовки и осуществления закупок конкурентными и неконкурентными способами, порядок и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров (ч. 1 и 2 ст. 2 названного Закона). Практика характеризует сам акт как «локальный документ заказчика», а реализацию правил, содержащихся в этом документе, интерпретирует с использованием термина «применение положения» (п. 21 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», утвержденного Президиумом ВС РФ 16 мая 2018 г.).

Строго говоря, если отмечать нормативные свойства подобных документов, их хотя и можно подвести под категорию «акты иных органов» (при расширительном ее толковании), упоминаемую в ч. 2 ст. 120 Конституции РФ, тем не менее нельзя отнести к категории актов государственных органов или органов местного самоуправления, о которых говорится в абзаце тринадцатом ст. 12 ГК РФ. Поэтому данная норма в обоснование оценки локальных актов именно в качестве актов на предмет законности и возможного вывода об их неприменении может приводиться, скорее, по аналогии (ст. 6 ГК РФ).

В то же время весьма сильны доводы в пользу того, чтобы считать подобные документы сделками (юридическими фактами — индивидуальными актами, направленными на возникновение, изменение или прекращение конкретных правоотношений) или действиями, максимально близкими к сделкам с точки зрения их правовых характеристик и обусловливаемого ими выбора подлежащих применению к ним норм. При таком подходе последствия их несоответствия закону должны обсуждаться с позиций *недействительности*, как это предусматривается правилами ст. 181.3 ГК РФ. В практике содержатся указания на возможность *неприменения* решения собрания в силу его *ничтожности*; вопрос об этом суд по собственной инициативе выносит на обсуждение сторон (абзац четвертый п. 106 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). В обоснование данного правоположения высшая судебная инстанция сослалась на правила о бремени



доказывания (ст. 56 ГПК РФ, ст. 65 АПК РФ), что свидетельствует об оценке ею содержания рассматриваемых документов в качестве вопросов факта, а не вопросов права

### **15. Иные способы защиты, предусмотренные законом**

Комментируемая статья говорит о том, что другие нормы закона могут устанавливать дополнительные способы защиты гражданских прав. Большинство из них может быть представлено как один из вариантов реализации одного из указанных в ст. 12 ГК РФ способов защиты права, в том числе при условии расширительного толкования таких способов. Так, например, в ст. 12 ГК РФ не упоминается, но другими нормами ГК РФ допускается такой способ защиты права, как требование опровержения порочащих честь, достоинство или деловую репутацию истца и не соответствующих действительности сведений (п. 1 ст. 152 ГК РФ); этот способ защиты является частным проявлением института восстановления положения, существовавшего до нарушения права. То же касается и истребования лицом, со счета которого были неправомерно списаны бездокументарные ценные бумаги, таких бумаг у лица, на счет которого они были зачислены (п. 1 ст. 149.3 ГК РФ).

Но в ряде случаев известные специальным нормам закона способы защиты трудно представить как разновидность одного из способов, указанных в ст. 12 ГК РФ. Это, например, касается взыскания предусмотренных нормами части четвертой ГК РФ фиксированных компенсаций за нарушение исключительных прав, взыскания предусмотренного Законом о защите прав потребителей штрафа за добровольное неудовлетворение требований потребителя, присуждения судебной неустойки на случай неисполнения судебного акта о присуждении к исполнению обязательства в натуре (ст. 308.3 ГК РФ), перевода прав и обязанностей по сделке, заключенной с нарушением преимущественного права на приобретение доли в ООО (п. 4 ст. 21 Закона об ООО) и доли в общей собственности (ст. 250 ГК РФ), иска о признании ничтожной сделки недействительной (п. 3 ст. 166 ГК РФ), требования признания судом факта нарушения нематериального блага истца и публикации решения суда о допущенном нарушении (п. 2 ст. 150, п. 1 ст. 1252 ГК РФ) и др.

### **16. Могут ли использоваться способы защиты права, неизвестные закону, но предусмотренные в договоре?**

Как представляется, стороны договорного правоотношения могут не только конкретизировать условия использования и правовой режим тех или иных способов защиты, которые указаны в ст. 12 ГК РФ

(например, установить условия расторжения нарушенного договора), но и согласовать некие дополнительные способы защиты своих прав, которые невозможно представить как особую разновидность одного из упомянутых в ст. 12 ГК РФ способов защиты права. В комментируемой статье говорится о том, что иные способы защиты могут быть установлены в законе, но это явно не может означать ограничение свободы договора. В силу общих начал гражданского законодательства (автономии воли сторон и свободы договора) стороны, конечно же, могут согласовать и какие-то неизвестные закону способы защиты права.

Например, стороны некоего договора вполне могут договориться о том, что при нарушении условий договора одна из них может осуществить акцепт по специально оформленному опциону и выкупить некий актив нарушителя по определенной цене. Если цена выкупа рыночная, вряд ли такой механизм можно признать неустойкой. Трудно его отнести и к категории способов изменения или прекращения существующего правоотношения, ведь реализация такого способа защиты не изменяет отношения по нарушенному договору, а влечет признание заключенным некоего иного договора.

Главное, чтобы это творчество сторон договора не противоречило конкретным законодательным запретам, основам нравственности или правопорядка и не поощряло явную недобросовестность. Например, положение договора о том, что в случае его нарушения нарушитель обязан публично извиниться перед кредитором, выехать из страны или станцевать макарену в паре с истцом, вряд ли будет признано судом.

### **17. Допустимость использования неизвестных закону и не согласованных сторонами способов защиты права**

Законодатель, завершая перечень способов защиты фразой об иных способах, «предусмотренных в законе», делает намек на то, что невозможно открытие в судебной практике новых способов защиты, которые не установлены в законе (а применительно к договорным правоотношениям не закреплены и в условиях сделки).

Здесь встают два вопроса.

Во-первых, следует ли считать, что из данной формулировки следует невозможность реализации способов защиты, вытекающих из обычая или подзаконных актов? Этот вопрос пока не имеет ответа в судебной практике. Обычай — источник права, достаточно редко использующийся в принципе в современной судебной практике, а вспомнить подзаконные нормативные правовые акты, которые создавали бы неизвестный закону способ защиты гражданского права, не так просто.

Но в целом мы не видим серьезных причин так ограничивать источники возникновения правовых оснований для реализации тех или иных способов защиты права.

Во-вторых, действительно ли суды лишены возможности с учетом специфики правоотношения защитить нарушенное право таким способом, который неизвестен праву? Конечно, во многих случаях судам поможет аналогия закона. Например, некоторые суды до появления в ГК РФ ст. 149.3 об истребовании неправомерно списанных акций от лица, на чей счет они были зачислены, п. 3 ст. 65.2 ГК РФ о восстановлении утраченных помимо воли прав участия в корпорации, а также похожей процедуры защиты прав участника ООО согласно п. 17 ст. 21 Закона об ООО применяли по аналогии нормы ГК РФ о виндикации.

Но что, если подходящей нормы для аналогии нет, а суду представляется, что в праве имеется телеологический пробел? Неужели суд не может восполнить его согласно правилам п. 2 ст. 6 ГК РФ и вывести новое правило о допустимости конкретного непоименованного способа защиты в соответствии с аналогией не закона, а права и принципами разумности, справедливости и добросовестности? Как представляется, это следует признать возможным.

Целый ряд примеров того, что суды иногда вынуждены на такой шаг решаться, привести можно. Это, например, касается признания в судебной практике ВАС РФ еще до реформы ГК РФ 2015 г. и появления ст. 308.3 ГК РФ такого способа защиты, как судебная неустойка (астрент).

Нередко суды удовлетворяют требования потребителей о признании незаконными действий или бездействия коммерческой организации и факта нарушения прав потребителей, несмотря на то что такой способ защиты не упомянут в ст. 12 ГК РФ и иных нормах закона и вряд ли может быть отнесен к категории исков о признании права, так как здесь суд просто констатирует не само право, а факт его нарушения.

Другой пример — это легализация в судебной практике негативных исков о признании (о признании ничтожной сделки недействительной, договора незаключенным, обязательства стороны прекращенным и т.п.). См. подробнее о таких исках п. 2.5 комментария к настоящей статье. Такие иски о признании невозникновения или прекращения того или иного правоотношения нередко подаются одной из сторон правоотношения в целях внесения правовой определенности в отношения сторон при наличии спора о наличии или отсутствии соответствующего договорного правоотношения, но при строгом прочтении ГК РФ из положений ст. 12 ГК РФ не выводятся, так как данная статья упоминает лишь о признании права.

Еще один пример: ВАС РФ признал возможным процессуальный зачет по ходатайству ответчика в ситуации, когда у ответчика были встречное требование не к цессионарию, а к цеденту и правовая возможность противопоставить цессионарию обычный гражданско-правовой зачет согласно правилам ст. 412 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 ноября 2013 г. № 4898/13). С учетом доминирующего (и неправильного по сути) подхода, согласно которому после подачи иска обычный гражданско-правовой зачет невозможен и допускается лишь процессуальный зачет в результате подачи встречного иска (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), ВАС РФ не отвергнул эту позицию, но признал допустимым своего рода неизвестный закону суррогат — процессуальный зачет не в результате удовлетворения встречного иска (что было заблокировано уступкой требования к лицу, в отношении которого у ответчика не было встречного требования), а в результате удовлетворения ходатайства о процессуальном зачете.

Но здесь все зависит от того, насколько остро ощущается несправедливость и неразумность отсутствия в позитивном праве соответствующего инструмента защиты права, а также от учета множества иных конституционных и политико-правовых соображений. Так, например, в ряде вышеуказанных случаев судебная практика склонилась к признанию непоименованного способа защиты права, но можно привести и обратные примеры. Так, в п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 была исключена возможность использования лицом, пострадавшим в результате диффамации, такого способа защиты права, как требование от ответчика принесения извинений.

Иначе говоря, попытка законодателя заблокировать развитие судебного правотворчества, установив закрытый перечень допустимых способов защиты, вряд ли могла бы быть уместной. Судебная практика при возникновении очевидной потребности все равно легализует те способы защиты права, которые востребованы в праве. Почти все эти попытки установить закрытые перечни (*numerus clausus*) обречены на провал. Бурное развитие социальных отношений неминуемо вызывает к появлению новых способов защиты права, и законодатель абсолютно не в состоянии оперативно прописывать эти способы защиты в законе. Остановить судебное правотворчество невозможно, да это и нецелесообразно. Надо лишь ввести процесс «открытия» новых способов защиты права в некие методологические рамки. В частности, в ст. 12 ГК РФ было бы логично указать, что лицо может использовать и иные способы защиты своего права, не предусмотренные прямо законом или условиями сделки, если это очевидно следует из принципов раз-

умности, справедливости и добросовестности и не нарушает прямые законодательные запреты и основы нравственности или правопорядка. Но, как мы видим, даже отсутствие такой оговорки в действующей редакции ст. 12 ГК РФ не останавливает признание непоименованных способов защиты судами, и это вполне логично, так как п. 2 ст. 6 ГК РФ и восполнение телеологических пробелов в праве никто не отменял.

Более того, такой более либеральный и гибкий подход в большей степени соответствует Конституции РФ, которая в п. 2 ст. 45 явным образом закрепляет открытый перечень способов защиты прав («Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом»).

## **18. Проблема выбора надлежащего способа защиты права**

### *(а) Общие замечания*

Способы защиты гражданских прав могут предопределяться как специальными правовыми нормами, регулирующими конкретные правоотношения, так и общими правилами (в том числе правилами ст. 12 ГК РФ) в соотношении с принципами права, а также условиями сделки.

Во многих случаях при нарушении права у пострадавшего в силу общих положений ст. 12 ГК РФ, специальных норм закона или иных правовых актов, обычаев или условий сделки имеется несколько различных способов защиты права. И в такой ситуации перед пострадавшим лицом возникает вопрос выбора. Например, покупатель, получивший дефектный товар, может при существенности недостатков отказаться от договора, или устранить их собственными силами с предъявлением к возмещению своих расходов, или заявить о соразмерном уменьшении цены, или вовсе принять товар, но потребовать возмещения возникших убытков. Кроме того, если речь идет о том, что продавец его обманул в отношении качественных характеристик товара (например, пробега автомобиля), покупатель может вместо этих договорных способов защиты оспорить сделку по правилам п. 2 ст. 179 ГК РФ. То же возможно, если речь шла не об обмане, а о введении в заблуждение (ст. 178 ГК РФ) (см. п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. № 162).

Подобных примеров множество. Одно и то же правонарушение может иногда предоставлять пострадавшему лицу целый арсенал способов защиты.

Отечественная судебная практика традиционно и справедливо исходит из того, что выбор способа защиты нарушенного права из тех, которые доступны пострадавшему лицу в силу права или условий

сделки, осуществляется по усмотрению пострадавшего. Из правила об осуществлении гражданских прав по усмотрению их обладателей (п. 1 ст. 9 ГК РФ) делается вывод о том, что выбор одного из доступных истцу способов защиты нарушенного права принадлежит истцу (определения СКГД ВС РФ от 1 сентября 2015 г. № 18-КГ15-113, от 18 сентября 2018 г. № 19-КГ18-17). Этот выбор должен соответствовать содержанию нарушенного права и спорного правоотношения и опираться на соответствующие фактические обстоятельства и правовые основания.

Избранный пострадавшим лицом способ защиты должен привести к защите нарушенных или оспариваемых материальных прав либо к реальной защите законного интереса, а также должен быть соразмерен нарушению и не должен выходить за пределы, необходимые для его применения (Определение КС РФ от 16 марта 2006 г. № 80-О; определения СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2016 г. № 308-КГ15-13732, от 2 октября 2018 г. № 308-КГ18-6724, от 18 декабря 2018 г. № 307-ЭС18-8988; определения СКГД ВС РФ от 19 мая 2015 г. № 13-КГ15-2, от 22 марта 2016 г. № 19-КГ15-47, от 20 февраля 2018 г. № 5-КГП17-252, от 10 апреля 2018 г. № 117-КГ18-12, от 23 апреля 2018 г. № 117-КГ18-6, 117-КГ18-9, от 24 апреля 2018 г. № 117-КГ18-10, 117-КГ18-14, от 15 мая 2018 г. № 87-КГ18-2, от 23 октября 2018 г. № 18-КГ18-163, от 4 декабря 2018 г. № 14-КГ18-41, от 25 декабря 2018 г. № 5-КГ18-262).

Следует различать ситуации, когда доступные истцу в силу фактических и правовых оснований способы защиты могут использоваться кумулятивно и когда они носят взаимоисключающий характер. Этот вопрос решается на основе соображений правовой логики и анализа существа отношений и конкретных способов защиты. Например, при совершении сделки на основании предоставления заведомо недостоверных заверений обманутая сторона может прибегнуть к оспариванию сделки и взысканию убытков (п. 2, 4 ст. 179, ст. 431.2 ГК РФ); она может использовать как один из указанных способов защиты, так и прибегнуть к обоим требованиям одновременно (как минимум если речь идет об убытках, рассчитанных по модели защиты негативного интереса). Здесь речь идет о кумулятивном использовании двух способов защиты. Другой пример кумулятивного использования различных способов защиты – предъявление иска о расторжении нарушенного договора и одновременно требования о взыскании убытков, вызванных вынужденным расторжением по правилам ст. 393.1 ГК РФ. Но в ряде случаев кумуляция доступных лицу способов защиты невозможна, так как они взаимно исключают друг друга. Например, если поку-

патель, которого обманули по поводу характеристик продаваемой вещи, решает оспорить сделку в связи с обманом (п. 2 ст. 179 ГК РФ), он не может требовать возмещения убытков в связи с выявленным в вещи дефектом (ст. 393 ГК РФ), соразмерного уменьшения цены (ст. 475 ГК РФ), а также расторжения договора и взыскания убытков, вызванных расторжением по правилам ст. 393.1 ГК РФ, так как последние способы защиты основаны на юридическом существовании и нарушении договора, а оспаривание сделки приводит к ретроактивному аннулированию договора.

*(б) Последствия неверного выбора способа защиты*

Но что, если истец выбрал некорректный способ защиты права? По общему правилу это должно влечь отказ в иске или непризнание правового эффекта реализации «правозащитного» секундарного права. Например, если в нашем примере покупатель попытался отказаться от договора купли-продажи в ситуации, когда дефекты не были существенными, что невозможно в силу правил ст. 475 ГК РФ, такой отказ просто не имеет силы (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, п. 50 и 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), и сам покупатель, ошибочно посчитавший договор расторгнутым, а свое обязательство по оплате прекращенным, может оказаться нарушителем договора и быть привлечен к ответственности за просрочку в оплате. В равной степени, если покупатель потребовал взыскания неустойки, которая установлена в неприменимом к данному договорному правоотношению законе, ему следует отказать в иске.

Но в контексте судебной защиты права при неверной квалификации истцом своего иска возникает один важный вопрос. Нередко из содержания иска суду очевиден интерес истца добиться какого-то результата (например, взыскать определенную сумму, принудить к передаче недвижимости, внести запись в ЕГРН и т.п.), данный результат может быть обеспечен теоретически в рамках нескольких способов защиты (например, неосновательное обогащение или взыскание убытков, принуждение к исполнению обязанности в натуре или виндикация и т.п.), лишь один из них правильно использовать для достижения этого результата при заданных фактических обстоятельствах, но истец основывает свое притязание на неверной материально-правовой квалификации. Встречаются также ситуации, когда истец вовсе допускает грубую ошибку и облекает свое материальное притязание в правовые одежды того способа защиты, который в принципе не влечет достижение нужного результата, но из его объяснений становится понятно, чего он, собственно, требует по сути (например, лишенный владения собственник парадоксальным образом требует вернуть вещь по прави-

лам о негаторном иске). Такие ситуации вполне возможны, особенно с учетом того, что сторону может в суде не представлять профессиональный юрист, а некоторые вопросы правовой квалификации исков и уместности использования того или иного способа защиты для реализации того или иного интереса истца могут вызывать серьезные споры в науке и не быть однозначно разрешены в судебной практике.

В практике ранее часто встречались случаи, когда ошибки истцов в формулировании правового основания и квалификации своих требований приводили к отказу в удовлетворении последних по мотивам выбора истцом *ненадлежащего* способа защиты права.

Вместе с тем вопрос о том, должен ли ошибочный выбор истцом ненадлежащего способа защиты в такой ситуации влечь отказ в иске, длительное время остается дискуссионным.

С одной стороны, отказ в защите права ввиду выбора ненадлежащего способа защиты напоминает строгий формализм древнейшего этапа развития римского права. Следование этому образцу в части необходимости правильного выбора вида иска под угрозой отказа в удовлетворении требования порождает риск превалирования формальных соображений над существенными, провоцирует повторные процессы с изменением формулировки требования и тем самым увеличение нагрузки на судебную систему, разочарование участников оборота в судебной системе и снижение доверия к ней. Более того, в условиях колоссальной правовой неопределенности, когда именитые ученые и высшие суды годами не могут договориться о том, какой способ защиты уместно использовать в тех или иных ситуациях, наказывать истца отказом в иске за то, что вполне правомерный интерес он облек, по мнению суда, в одежды некорректного способа защиты, очень часто просто несправедливо. Ведь нет никаких гарантий, что вновь поданный иск с иной квалификацией попадет к тому же судье, а у того судьи, который будет рассматривать этот новый иск, может быть прямо противоположное представление о правильной квалификации. Истец рискует столкнуться с настоящим кафкианским судебным кошмаром, когда, какой бы способ защиты он ни выбрал, его иск будет отклоняться.

С другой стороны, отступление от устоявшихся критериев разграничения различных видов исков с присущими им предметом доказывания и распределением бремени доказывания, доступными ответчику видами возражений и прочими атрибутами за счет переквалификации судом заявленного истцом требования в тот способ защиты, который позволяет корректно реализовать очевидный суду интерес истца в достижении того или иного результата, затрудняет ответчику выбор



линии защиты против предъявленного ему требования, что ведет к нарушению принципа состязательности и подрывает разумные ожидания сторон процесса.

Нередко отмечается связь между определением последствий фатальности ошибки в выборе способа защиты, с одной стороны, и профессиональным или непрофессиональным характером судебного процесса – с другой. Если закон не требует, чтобы стороны представлялись юристами с подтвержденной тем или иным образом квалификацией, и допускает представление простым гражданином своих интересов в суде без помощи юристов, утверждается, что предоставление суду возможности исправить ошибку в квалификации и некоторый патернализм уместны. Если же стороны в процессе должны представлять профессиональные юристы, соответствующие определенным квалификационным требованиям, выдвигается аргумент о неуместности такого патернализма и необходимости более последовательного проведения в жизнь принципов состязательности и диспозитивности и утверждается, что следствием выбора ненадлежащего способа защиты права должен быть отказ в иске.

Данный вопрос связан также с проблемой доступности правосудия, в том числе с учетом риска отсутствия у участников оборота достаточных средств для оплаты услуг профессиональных представителей, что тем не менее не должно быть барьером к реализации конституционной гарантии судебной защиты нарушенных прав.

Высшие судебные инстанции после некоторых колебаний сделали выбор в пользу более патерналистского подхода. Теперь считается, что, если при принятии иска суд придет к выводу о том, что избранный способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не является основанием для отказа в принятии искового заявления, его возвращения либо оставления без движения. В соответствии со ст. 148 ГПК РФ или ст. 133 АПК РФ на стадии подготовки дела к судебному разбирательству суд выносит на обсуждение вопрос о юридической квалификации правоотношения для определения того, из какого правоотношения возник спор и какие нормы права подлежат применению при разрешении спора. По смыслу ч. 1 ст. 196 ГПК РФ или ч. 1 ст. 168 АПК РФ суд определяет, какие нормы права следует применить к установленным обстоятельствам. Согласно п. 3 ч. 4 ст. 198 ГПК РФ и п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ суд указывает также в мотивировочной части решения мотивы, по которым не применил нормы права, на которые ссылались лица, участвующие в деле. В связи с этим ссылка истца в исковом заявлении на не подлежащие применению в данном деле нормы права сама по себе не является

основанием для отказа в удовлетворении заявленного требования (п. 3 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, абзацы второй и третий п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Считается, что этот подход вытекает из последовательного проведения принципа, согласно которому суд знает право (*iura novit curia*). Иногда утверждается, что происходит это за счет некоторого отступления от принципов состязательности и диспозитивности гражданского процесса, но сторонники отраженного высшими судами подхода возражают, что состязательность касается вопросов факта, а не права.

Суды склонились к тому, что иск индивидуализируют не правовая квалификация, не выбранный истцом способ защиты и правовые основания иска, а исключительно фактические обстоятельства и тот самый существенный результат, который истец пытается достичь за счет обращения за судебной защитой (взыскать деньги, отобрать имущество, прекратить отношения сторон на будущее, признать сделку недействительной и т.п.). Правовой же режим иска и правовую квалификацию заявленного требования как относящегося к тому или иному конкретному способу защиты определяет суд.

В развитие этих противоположений высшие судебные инстанции при разрешении конкретных споров указывают, что в случае ненадлежащего формулирования истцом способа защиты при очевидности преследуемого им материально-правового интереса суд не должен отказывать в иске ввиду неправильного указания норм права, а обязан сам определить, из какого правоотношения возник спор и какие нормы подлежат применению (см., например: постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 2665/12, от 24 июля 2012 г. № 5761/12, от 12 марта 2013 г. № 15510/12, от 23 апреля 2013 г. № 13239/12, от 15 октября 2013 г. № 8094/13, от 10 июня 2014 г. № 18357/13; определения СКЭС ВС РФ от 26 октября 2015 г. № 308-ЭС15-6308, от 7 марта 2017 г. № 308-ЭС16-15069; Определение СКГД ВС РФ от 13 декабря 2016 г. № 38-КГ16-8). ВС РФ неоднократно указывал, что вне зависимости от того, какая квалификация спорных правоотношений дана истцом, суд обязан правильно определить правоотношения сторон, дать им надлежащую юридическую квалификацию, но рассмотреть дело в пределах заявленных требований по указанному истцом основанию, исходя из тех фактических обстоятельств, на которых основаны требования (определения СКГД ВС РФ от 13 августа 2019 г. № 127-КГ19-7, № 127-КГ19-8). Обязанность надлежащей юридической квалификации заявленных требований, определение

правовых норм, подлежащих применению к обстоятельствам дела, возложены на суд (определения СКГД ВС РФ от 28 ноября 2017 г. № 5-КГ17-181, от 27 марта 2018 г. № 31-КГ17-12).

Как считает ВС РФ, отказ в иске со ссылкой на неправильный выбор способа судебной защиты (при формальном подходе к квалификации заявленного требования), а равно в связи с ошибочной квалификацией недопустим, поскольку не обеспечивает разрешение спора, определенность в отношениях сторон, соблюдение баланса их интересов и стабильность гражданского оборота в результате рассмотрения одного дела в суде, что способствовало бы процессуальной экономии и максимально эффективной защите прав и интересов всех причастных к спору лиц (определения СКЭС ВС РФ от 19 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-8490, от 7 марта 2017 г. № 308-ЭС16-15069, от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540, от 9 октября 2018 г. № 304-ЭС17-11096, от 31 января 2019 г. № 305-ЭС18-17717; п. 27 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 17 июля 2019 г.).

В практике высших судебных инстанций можно встретить следующие случаи переквалификации требований истца:

— при рассмотрении споров, связанных с неисполнением договора купли-продажи будущей недвижимой вещи, если истец заявил требование *о признании права собственности на недвижимое имущество*, его следует квалифицировать как требование *о государственной регистрации перехода права собственности на недвижимую вещь, являющуюся предметом договора купли-продажи* (абзац четвертый п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54; постановления Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. № 4502/10, от 8 февраля 2011 г. № 13970/10, № 13534/10, от 10 июня 2014 г. № 18357/13; Определение СКЭС ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС15-20071(6); Определение СКГД ВС РФ от 19 февраля 2019 г. № 4-КГ18-92; п. 14 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019), утвержденного Президиумом ВС РФ 24 апреля 2019 г.);

— требование залогового кредитора о применении последствий недействительности соглашения о расторжении договора об ипотеке, погашении (аннулировании) в едином государственном реестре записи о погашении ипотеки, восстановлении записи о государственной регистрации ипотеки — с учетом интереса истца, направленного на восстановление своих прав залогодержателя по отношению к спорному имуществу, — признано правильным рассмотреть как требование о признании права обременения недвижимого имущества (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 октября 2013 г. № 8094/13);

– требование приобретателя закладных к отчуждателю о возврате цены закладных, мотивированное существенными недостатками товара (п. 2 ст. 475 ГК РФ) ввиду прекращения залога вследствие изъятия недвижимости у залогодателя по правилам о виндикации, признано правильным рассмотреть как требование цессионария о привлечении cedenta к ответственности за уступку недействительного требования (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 декабря 2011 г. № 9555/11);

– требование участника корпорации о признании недействительными решения ее общего собрания, новой редакции устава, решений регистрирующего органа о государственной регистрации изменений в сведения о юридическом лице, содержащиеся в ЕГРЮЛ, связанные с внесением изменений в учредительные документы, обязанности регистрирующего органа восстановить запись в ЕГРЮЛ об истце как участнике корпорации и наличии у него доли в корпорации признано правильным рассмотреть как требование о признании недействительной сделки по отчуждению принадлежащей истцу доли в корпорации или как требование о восстановлении корпоративного контроля, т.е. о возвращении доли участия (определения СКЭС ВС РФ от 13 августа 2015 г. № 302-ЭС15-8098, от 7 марта 2017 г. № 308-ЭС16-15069);

– возражения на действия конкурсного управляющего по невключению его требований в реестр требований кредиторов суд должен квалифицировать как требование о включении требований в реестр (Определение СКЭС ВС РФ от 9 августа 2018 г. № 305-ЭС17-10167(5));

– заявление о включении требования о передаче двухкомнатной квартиры в реестр требований о передаче жилых помещений застройщика-банкрота признано правильным рассмотреть как требование о признании за заявителем статуса члена ЖК (которому в счет погашения требований участников строительства, включенных в реестр требований кредиторов должника, переданы права аренды земельного участка, где осуществлялось строительство многоквартирного дома, и котлован, расположенный на данном земельном участке) на тех же условиях, на которых этот статус приобретен иными гражданами – участниками строительства (Определение СКЭС ВС РФ от 26 октября 2015 г. № 308-ЭС15-6308);

– требование прокурора о признании недействительным образования земельного участка на территориях, которые не могут находиться иначе как в федеральной собственности, об исключении из государственного кадастра недвижимости записи об указанном земельном участке, о признании отсутствующим права собственности ответчика на указанный земельный участок признано правильным рассмотреть

как виндикационное требование (определения СКГД ВС РФ от 20 февраля 2018 г. № 5-КГПР17-252, № 37-КГ17-13);

– в ситуации, когда двумя участниками договора простого товарищества заявлено к третьему требованию о признании недействительным зарегистрированного за ним права собственности на долю в праве общей долевой собственности на объекты незавершенного строительства, суду следует определить действительную цель обращения истцов в суд (определение долей сторон в общей собственности пропорционально внесенным вкладам товарищей, в том числе ответчика) и с учетом этой цели рассмотреть несколько вариантов квалификации заявленного истцами требования, в частности в качестве определения долей сторон в общей собственности пропорционально внесенным вкладам товарищей, в том числе ответчика, в качестве исполнения обязанности передать товарищам причитающееся им по договору или в качестве раздела имущества, созданного в ходе совместной деятельности (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 4007/12).

В практике также можно встретить указание на возможность пере-квалификации гражданско-правового требования о государственной регистрации перехода права собственности на недвижимое имущество в требование о признании незаконным отказа регистрирующего органа в регистрации права (Постановление Президиума ВАС РФ от 3 апреля 2012 г. № 14397/11).

Другой пример: в ситуации, когда агентство по страхованию вкладов предъявило требования, по своей сути направленные на констатацию отсутствия между сторонами правоотношений, вытекающих из договоров банковского вклада, а ошибка в правовой квалификации, которую допустил истец, считая данные сделки недействительными, не приводит к различию в последствиях, так как в случае квалификации спорных сделок банковского вклада как незаключенных уплаченные агентством ответчикам денежные средства должны рассматриваться как неосновательное обогащение, в иске не может быть отказано лишь на основании такой ошибки (Определение СКГД ВС РФ от 11 сентября 2018 г. № 46-КГ18-33).

Вышеуказанный подход имеет как сторонников, так и убежденных противников, обвиняющих высшие суды, пошедшие по этому пути, в отступлении от принципов состязательности процесса и в порождении неопределенности в отношениях между сторонами процесса. Но вклиниваться в эту дискуссию процессуалистов в рамках настоящего комментария вряд ли есть основания.

Просто констатируем, что, согласно доминирующему сейчас подходу, если суду очевиден тот интерес, который преследует истец, тот

результат, который он пытается достичь предъявлением иска, суд имеет свободу в определении того способа защиты и тех норм, которые должны применяться в контексте конкретных отношений для достижения этого результата. Например, если истец хочет вернуть вещь, которую бывший арендатор удерживает после истечения срока или досрочного расторжения договора аренды, его материальный интерес и искомый результат очевидны (возврат вещи); в таких условиях неправильная квалификация истцом иска в качестве виндикационного не может стать основанием для отказа в иске — суд может и должен квалифицировать заявленное требование как иск об исполнении договорного обязательства в натуре. То же и в случае, когда собственник, у которого вещь выбыла по недействительной сделке, вместо предъявления к конечному приобретателю виндикационного иска заявляет иск о признании недействительными не только первой сделки, но и всех последующих в цепочке, ведущей к конечному приобретателю, и о применении реституции по всем этим договорам с возвратом вещи себе (т.е. веерная реституция, которую суды ранее ошибочно допускали): в такой ситуации суд должен квалифицировать иск как виндикационный и применить соответствующий правовой режим рассмотрения такого иска (в том числе правила о защите добросовестного приобретателя по ст. 302 ГК РФ).

С учетом того, что в силу ГПК РФ и АПК РФ суд не может менять предмет и основания иска, остается предположить, что правовая квалификация иска как реализующего тот или иной способ защиты, по мнению ВС РФ и ВАС РФ, не является ни предметом, ни основанием иска. И действительно, доминирует воззрение, что основанием иска являются лишь фактические обстоятельства, лежащие в основе требования, а не правовые основания иска (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 июня 2008 г. № 11). Предмет же иска воспринимается ВАС РФ и ВС РФ, судя по всему, как тот самый результат, который истец за счет иска хочет достичь (вернуть вещь, взыскать долг, прекратить договор и т.п.), очищенный от правовых оснований и квалификации в качестве конкретного способа защиты права. Иначе говоря, получается, что, по мнению ВАС РФ и ВС РФ, способ защиты права не входит в предмет иска. Поэтому суд может давать иску ту правовую квалификацию, которая противоречит позиции истца, но в силу закона и принципов права корректно позволяет реализовать тот материальный результат, который, судя по содержанию иска и выраженной в иных формах позиции истца, последний хочет достичь. Альтернативное воззрение, согласно которому способ защиты является конкретизацией предмета иска, достаточно распространено, но в сложившихся

условиях либо его следует отвергнуть и признать не соответствующим современной судебной практике, либо обвинить всю эту линию судебной практикой в корне ошибочной, либо, наконец, признать, что суд наделен полномочиями менять предмет иска. В любом случае следует быть последовательным.

Как бы то ни было, занятая высшими судами позиция не означает, что суд может абсолютно произвольно менять выбранный истцом способ защиты (например, вместо расторжения договора присудить к исполнению обязательства в натуре). Суд связан волей истца, выраженной в отношении того фактического результата, который истец хочет достичь предъявлением иска (вернуть вещь во владение, взыскать долг, прекратить договорные правоотношения, внести запись в ЕГРН, констатировать некое правовое состояние и т.п.). Этот результат отражает самую сердцевину предмета иска, и суд не может его поменять помимо воли истца. Суд не может за истца решить, что ему надо, присудить то или отказать в том, чего истец не просил, и поэтому переквалификация иска не может приводить к концептуальному искажению сути притязания истца, т.е. менять сам предмет иска. Впрочем, на практике можно встретить и такие акты высших судов, когда они переквалифицируют иск таким образом, что это влечет полноценную подмену того результата, который пытался достичь истец предъявлением иска. Так, например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1142/13 требование истца о взыскании с ответчика денежного долга по правилам о неосновательном обогащении было предписано квалифицировать в качестве требования о переводе на истца требований ответчика к своему банку, на корреспондентский счет которого платеж истца в нарушение согласованного в договоре «маршрута платежа» был зачислен.

В общем, как мы видим, вопрос о том, как судебная практика переквалификации соотносится с традиционной для процессуального права дискуссией о понятии предмета и основания иска, требует более серьезного осмысления в рамках теории цивилистического процесса. Оставим его на рассмотрение процессуалистов.

В практическом плане применение такого подхода может породить сложные пограничные вопросы. Например, возврат вещи в рамках различных способов защиты права может быть сопряжен с разными правовыми последствиями; выбирая тот или иной способ защиты права, влекущий возврат вещи, истец может держать в уме и эти побочные правовые последствия. Переквалификация может привести к достижению искомого непосредственного результата (например, передаче вещи, взысканию долга, расторжению договора и т.п.), но навязать истцу

те побочные правовые последствия, которые он не желал, что может показаться уже вовсе неприемлемым нарушением принципа диспозитивности. Так, если арендодатель посчитал, что умолчание арендатора по поводу своих находящихся под санкциями бенефициаров позволяет ему говорить о нарушении и расторжении договора, и предъявил в суд иск о расторжении, а суд, констатировав очевидную ошибку в правовом обосновании иска и его правовой квалификации, не отказал в иске, а переквалифицировал иск в требование об оспаривании сделки по правилам об обмане умолчанием (п. 2 ст. 179 ГК РФ) и возврате вещи по правилам о реституции, вещь будет возвращена истцу, но одновременно сделка будет лишена силы ретроактивно (а не прекращена на будущее, как в случае с заявленным истцом расторжением). Нет никакой уверенности в том, что истец желал бы достижения своей цели возврата вещи за счет таких правовых последствий. Корректно ли в таких условиях навязывать истцу правовую квалификацию?

Другой пример: истец оспаривает тот же договор аренды в связи с обманом умолчанием, суд не обнаруживает для этого оснований, но удовлетворяет иск на основании правил ст. 178 ГК РФ о заблуждении. Казалось бы, истцу следует быть довольным, но данная судом квалификация может привести к тому, что истец будет должен возместить ответчику реальный ущерб, вызванный аннулированием сделки (п. 6 ст. 178 ГК РФ). Возможно, истец никогда не пошел бы на оспаривание сделки, если бы знал, что ему придется возмещать ущерб ответчику.

С учетом этих нюансов важное значение имеет разъяснение ВС РФ о необходимости вынесения вопроса о квалификации иска на обсуждение сторон. См. подп. «в» п. 18 комментария к настоящей статье.

*(в) Вынесение вопроса о квалификации на обсуждение*

В соответствии с абзацем вторым п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, если суд считает правовую квалификацию иска неверной, «на стадии подготовки дела к судебному разбирательству суд выносит на обсуждение вопрос о юридической квалификации правоотношения для определения того, какие нормы права подлежат применению при разрешении спора». Это разъяснение предполагает, что суд должен предупредить стороны о своих сомнениях в верности правовой квалификации иска, чтобы исключить неожиданности для сторон, дать им возможность привести правовые аргументы в пользу и против заявленной истцом и предлагаемой судом квалификации и подсказать истцу и ответчику, на основании какой квалификации суд далее будет рассматривать спор.

Вынесение на обсуждение, как представляется, означает, что суд должен выразить сторонам свое несогласие с выбранной истцом ква-



лификацией, предупредить стороны о том, что он считает правильным дать иску иную квалификацию, и предложить высказаться по данному вопросу. Суд не может просто предложить сторонам обсудить квалификацию, не высказав свою позицию по данному вопросу.

Например, само по себе то обстоятельство, что истец обосновывает свое требование о применении меры ответственности в виде взыскания денежной суммы за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства п. 1 ст. 395 ГК РФ, в то время как законом или соглашением сторон на случай этого нарушения предусмотрена соответствующая неустойка и денежные средства необходимо взыскать с ответчика в пользу истца на основании п. 1 ст. 330 или п. 1 ст. 332 ГК РФ, не является основанием для отказа в удовлетворении заявленного требования (Определение СКЭС ВС РФ от 27 июля 2017 г. № 305-ЭС17-2343). Но суд в такой ситуации должен вынести вопрос о перекалфикации требования из процентов годовых в неустойку на обсуждение сторон. В этом случае истец, осознав некорректность своего исходного выбора правовой квалификации, может соответственно увеличить или уменьшить размер исковых требований на основании условий договора или положений закона о неустойке, а ответчик — заявить о применении ст. 333 ГК РФ и представить соответствующие доказательства несоразмерности неустойки (ответ на вопрос 2 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденного Президиумом ВС РФ 6 июля 2016 г.).

Это закрепленное ВС РФ требование носит крайне принципиальный характер. Его игнорирование приводило бы к недопустимому нарушению требований к справедливой судебной процедуре, так как ответчику приходилось бы защищаться, выдвигать доказательства, аргументы и возражения, держа в уме не только ту квалификацию, которую выбрал истец, а в принципе все мыслимые правовые квалификации данного притязания. Например, если подрядчик требует от заказчика взыскания долга по договору, заказчик готов защищаться со ссылкой на свое право уменьшить цену в связи с дефектами в результате выполненных работ, а суд неожиданно для истца и ответчика констатирует ничтожность договора и перекалфицирует иск подрядчика во взыскание в порядке компенсационной реституции денежного эквивалента выполненных работ, это лишает ответчика возможности заявить о пропуске исковой давности по иску о реституции (ведь давность по договорному иску о взыскании долга течет не с того момента, с которого течет давность по реституции согласно ст. 181 ГК РФ). Это кажется нелепым, особенно в контексте высокого уровня правовой неопределенности, которая царит в российском праве по многим во-

просам защиты гражданских прав. Как уже отмечалось, иногда даже ученые не могут разобраться и договориться между собой по поводу того, какой способ защиты в конкретных обстоятельствах уместен.

Делают ли это суды на практике? В реальности нередко (создается впечатление, что чуть ли в не большинстве случаев, но однозначной статистики у нас нет) суды игнорируют это разъяснение ВС РФ. Стороны часто узнают о том, что суду не понравилась квалификация иска, только по факту изготовления и публикации решения в полном объеме. Это абсолютно неприемлемо, так как бесосновательно игнорирует однозначные и многочисленные разъяснения высших судов на сей счет.

Может ли переквалификация иска без вынесения данного вопроса на обсуждение являться самостоятельным основанием для отмены решения? Как представляется, как минимум если в результате неожиданной правовой квалификации иска одна из сторон была лишена возможности не только высказаться по данному вопросу, но и верно определить предмет доказывания, наличие оснований для выдвижения тех или иных правовых аргументов или возражений. Это достаточно серьезное нарушение справедливой процедуры рассмотрения спора и повод для отмены судебного решения.

В связи со всей этой практикой возникает один важный вопрос: если суд считает квалификацию требования, предложенную истцом, некорректной и посему выносит вопрос о правовой квалификации иска и адекватности выбранного истцом способа защиты права на обсуждение, но истец настаивает на своей правоте, насколько логично суду игнорировать волю истца и квалифицировать иск так, как считает правильным суд, а не истец? Не будет ли противоречить такой патернализм суда принципу диспозитивности? Не логичнее ли в таком случае суду просто предложить истцу уточнить квалификацию иска, но, если тот настаивает, рассмотреть иск по существу в той квалификации, которую предложил истец, и отказать в иске при отсутствии правовых оснований для его удовлетворения? Многие юристы считают этот подход менее болезненным нарушением принципов состязательности и диспозитивности процесса: суд подсказывает истцу, но не подменяет его волю.

Вопрос этот спорный. В п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 звучала позиция, что в случае, если истец, несмотря на предложение суда произвести переквалификацию иска продолжает настаивать на верности выбора способа защиты, суд не должен производить переквалификацию и должен рассмотреть спор в рамках предлагаемого правового режима выбранного истцом способа защиты и отказать в иске. Но в свете более позднего Поста-

новления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 и Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 сейчас на практике суды навязывают истцам ту правовую квалификацию, которую считают обоснованной, и выносят решение на базе такой квалификации, а истец при несогласии получает возможность обжаловать судебный акт в вышестоящей инстанции, убеждая его в том, что нижестоящий суд дал неправильную квалификацию его иску. Если считать, что выбранный способ защиты не является элементом предмета иска и правовая квалификация отношений и способа защиты, адекватно отражающего выраженный истцом интерес в достижении соответствующего результата, — это компетенция суда, такой подход выглядит последовательным. Идея же с предложением изменить квалификацию и невозможностью переквалификации при настаивании истцом на верности выбранного им способа защиты выглядит логичной, если мы признаем, что способ защиты индивидуализирует иск и входит в его предмет. Анализ судебной практики последних лет подталкивает к выводу, что высшие судебные инстанции все же склонились к мысли о выводе способа защиты за рамки предмета иска и к однозначному признанию обязанности суда производить переквалификацию иска даже вопреки позиции истца. Как уже отмечалось, вопрос о том, насколько верна такая практика, может быть поводом к дискуссии.

Со своей стороны предположим, что, даже если держаться намеченной сейчас линии активной переквалификации, имеет смысл делать исключения. В тех случаях, когда суду абсолютно очевидно, что переквалификация позволяет достичь тот результат, который преследует истец, не меняя принципиально побочные правовые последствия, вытекающие из некорректно выбранного истцом способа защиты, суд действительно может проигнорировать упорство истца и произвести переквалификацию *ex officio* (по крайней мере пока ВС РФ не изменит подход к квалификации иска). Но в тех случаях, когда переквалификация повлечет за собой побочные правовые последствия, которые противоречат выбранному истцом способу защиты (как, например, в случае с переквалификацией иска о реституции по ничтожной сделке в требование о расторжении договора и возврате вещи по договорному основанию), суд может лишь предложить истцу уточнить свой иск, но в случае упорства последнего он должен рассмотреть его, не производя переквалификацию. Возможно все же, вопрос, что относится к предмету иска, требует дополнительного прояснения.

Как бы то ни было, полной ясности по данному вопросу в российском праве нет, и он активно обсуждается в среде практикующих юристов.

*(г) Обязательное раскрытие судом выбранной им квалификации*

Но вынесение вопроса о квалификации иска на обсуждение не решает всех проблем. Как уже отмечалось, на практике суды нередко производят принудительную переквалификацию, даже если истец настаивает на верности своего выбора способа защиты. При этом, к сожалению, даже тогда, когда суд выносит вопрос о квалификации иска на обсуждение, он нередко не объявляет сторонам по итогам обсуждения ту квалификацию, на основании которой он считает уместным далее рассматривать спор. Он предлагает сторонам высказаться по вопросу о том, не стоит ли квалифицировать, скажем, заявленный истцом иск вместо реституции в качестве виндикации, выслушивает стороны, но свое окончательное слово по вопросу о квалификации придерживает. И тогда мы опять же сталкиваемся с тем, чего необходимо любыми средствами избегать: стороны узнают, какую квалификацию выбрал для иска суд, только изучив мотивировочную часть судебного акта. А это мешает им адекватно вести процесс, выдвигать аргументы и возражения, собирать и представлять доказательства. Ведь не зная применимые к спору нормы и не понимая, какой способ защиты видит суд в поданном иске, затруднительно и иногда попросту невозможно нормально выстраивать тактику защиты своих прав и интересов. Например, получается, что ответчик должен выдвигать доказательства, возражения и аргументы против всех обсуждавшихся вариантов правовых квалификаций заявленного иска.

Как представляется, идея с принудительной переквалификацией, которая сейчас возобладали в судебной практике, если и может быть признана конституционной и соответствующей принципам справедливой судебной процедуры, то только если суд обязан не просто вынести на обсуждение вопрос о квалификации иска, но и объявить сторонам, какую квалификацию он будет считать уместной применять (пусть даже и вопреки позиции истца), а также донести до сторон информацию о распределении между ними бремени доказывания с учетом выбранной судом квалификации. Это позволяет сформироваться разумным ожиданиям сторон процесса, помогает им определить тактику процессуального поведения, лучше предсказать исход спора. Если суд в ходе рассмотрения дела осознает, что он объявил сторонам неправильную квалификацию, он должен вернуться к этому вопросу и объявить свою волю сторонам, дав им возможность привести новые аргументы и доказательства. Стороны не должны узнавать о квалификации иска из судебного акта. Например, по результатам правовой квалификации спора суд мог бы выносить определение о назначении следующего судебного заседания и указывать в нем результат квали-

фикации, а именно по правилам о каком способе защиты он будет рассматривать спор. Впрочем, здесь возникает множество вопросов сугубо процессуального толка, которые необходимо анализировать и обсуждать специалистам по процессуальному праву.

*(д) Отказ истца от квалификации своего требования и выдвижение альтернативных правовых квалификаций*

В жизни случается, что истец в принципе отказывается давать правовую квалификацию своего требования и ссылаться на те или иные правовые нормы, а просто требует, например, вернуть ему вещь. Опять же в контексте непрофессионального процесса это отнюдь не экзотика. ГПК РФ вовсе не требует указывать нормы права в исковом заявлении (ст. 131). Поэтому, как считает СКГД ВС РФ, неуказание истцом тех или иных норм материального права, подлежащих применению к приведенным в обоснование иска фактическим обстоятельствам дела, не является препятствием для суда в их применении либо основанием для отказа в их применении (определения СКГД ВС РФ от 19 апреля 2016 г. № 83-КГ16-4, от 21 ноября 2017 г. № 5-КГ17-197). Иначе говоря, так как суд знает право, он сам должен квалифицировать требование, заявленное истцом. Насколько этот же подход уместен и в арбитражном процессе, вопрос спорный, но в контексте восторжествовавшей теории фактической индивидуализации иска требование АПК РФ об указании в иске норм права в обоснование иска превращается в профанацию. Указания на любую норму окажется достаточным.

Более того, на практике отрыв правовой квалификации иска и его отнесения к тому или иному допускаемому правом способу защиты от понятий «предмет» и «основание иска» позволяет истцам заявлять требование с конкурирующими (альтернативными) квалификациями или предложить факультативную квалификацию своего требования. Например, истец может потребовать признания договора недействительным либо по правилам ст. 179 ГК РФ об обмане, либо по правилам ст. 178 ГК РФ о введении в заблуждение. Возможны и нередко заявляются и удовлетворяются по одному из предложенных истцом правовых оснований иски о признании ничтожной сделки недействительной. Например, часто кредитор в рамках внеконкурсного оспаривания требует признать сделку по выводу актива из-под взыскания в качестве ничтожной по мнимости в силу ст. 170 ГК РФ или по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ, если суд не найдет признаков мнимости. Или истец может потребовать взыскать долг за оказанные по договору услуги и уточнить, что в случае признания договора незаключенным или недействительным он просит взыскать тот же долг в формате неосновательного обогащения или компенсационной реституции. К таким

ситуациям нельзя относиться как к альтернативным искам или искам с факультативным притязанием, так как предмет у иска один – выплата денег, аннулирование договора или признание его ничтожным (если мы вывели способ защиты за рамки предмета иска и индивидуализируем иск по тому результату, которого хочет достичь истец), альтернативными или факультативными в данном случае являются лишь правовые квалификации требования. Впрочем, многое здесь зависит от того, как мы понимаем предмет иска<sup>1</sup>. Как бы то ни было, такая альтернативность или факультативность правового обоснования иска представляется абсолютно корректной и заслуживающей признания (независимо от того, считаем ли мы такой иск альтернативным иском или иском с альтернативным правовым обоснованием).

Более спорной считается возможность подачи полноценного альтернативного иска или иска с факультативным предметом, когда истец не предлагает суду разные альтернативные квалификации одного и того же по сути притязания, а просит суд удовлетворить одно из двух притязаний, направленных на достижение взаимосключающих результатов. В процессуальных кодексах такая возможность не предусмотрена. В таком полноценном альтернативном иске сам истец отказывается выставлять приоритеты и предлагает суду удовлетворить то требование, в пользу которого найдутся правовые основания. В факультативном он выдвигает приоритетное требование, но просит суд удовлетворить факультативное притязание при отсутствии оснований для удовлетворения первого. Например, может ли истец потребовать оспаривания договора купли-продажи в связи с обманом, совершенным в форме предоставления недостоверных заверений, и одновременно попросить суд при ненахождении правовых оснований для аннулирования сделки по ст. 179 ГК РФ взыскать с продавца убытки, возникшие в связи с недостоверностью заверений? Или может ли заказчик потребовать понуждения подрядчика к выполнению ремонтных работ в натуре, а при отсутствии оснований для удовлетворения такого иска – к расторжению договора и возврату уплаченной цены и убытков? Может ли арендатор, столкнувшийся с существенным изменением обстоятельств, потребовать по суду изменения договора в части условия о цене, а при ненахождении судом оснований для применения такой исключительной по смыслу п. 4 ст. 451 ГК РФ меры – расторжения договора?

---

<sup>1</sup> Если мы считаем, что способ защиты входит в предмет иска, а суд путем перекалфикации меняет его, то в данном вопросе мы можем говорить об альтернативности (факультативности) иска. Иначе говоря, вопрос о том, что считать альтернативным иском, зависит от того, как мы понимаем предмет иска.

Этот вопрос крайне спорен в науке процессуального права. Многие считают такой способ формулирования предмета иска невозможным. В то же время, как представляется, как минимум указание в предмете иска факультативного притязания можно было бы признать допустимым. Более того, в практике Президиума ВАС РФ это прямо допускалось. Например, в известном Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 мая 2001 г. № 9829/00 было указано на возможность заявления иска о понуждении к исполнению в натуре обязательства по передаче квартиры с указанием в качестве факультативного предмета взыскания убытков (на случай выявления невозможности исполнения такого обязательства). И действительно, если истец мог заявить ходатайство о замене предмета иска в ходе рассмотрения спора, зачем запрещать ему заранее изъявлять свою волю на такую замену под условием ненахождения судом правовых оснований для удовлетворения основного притязания? Впрочем, данный вопрос в полной мере в российском процессуальном праве не прояснен.

*(е) Допустим ли свободный выбор истцом одной из нескольких конкурирующих правовых квалификаций требования?*

Выше речь шла о том, что у истца нередко имеется доступ к нескольким взаимоисключающим способам защиты своего права, направленным на удовлетворение разных по сути интересов (например, расторжение нарушенного должником договора или исполнение обязательства в натуре), и при наличии правовых оснований для использования нескольких альтернативных способов защиты ему предоставляется свобода выбора. Также было указано, что нередко притязание на реализацию одного и того же материального интереса может быть одето в правовые одежды разных способов защиты (например, взыскание долга как договорного или кондикционного, истребование вещи посредством виндикации или договорного иска, оспаривание сделки по основанию обмана или введения в заблуждение). И здесь возникает вопрос: допускает ли право, что одни и те же фактические обстоятельства, связанные с нарушением права (или охраняемого законом интереса), могут давать основания для реализации одного и того же по сути материального притязания в рамках нескольких равным образом корректных правовых квалификаций исков (разных способов защиты) с предоставлением права свободного выбора квалификации иска истцу? Иначе говоря, может ли быть ситуация, когда несколько правовых квалификаций одного и того же материального притязания (возврат вещи по правилам о виндикации или реституции, взыскание долга по правилам о кондикции или присуждении к исполнению договорного обязательства, оспаривание сделки на основании

правил об обмане или заблуждении и т.п.) носят взаимоисключающий характер, но одинаково корректны, и истцу предоставляется свобода выбора? Или существует всегда лишь одна правильная правовая квалификация иска (способа защиты), направленного на реализацию соответствующего материального интереса (достижение той или иной цели) при заданных фактических обстоятельствах, и задача истца и в конечном итоге суда — определить ее и использовать в споре?

Истцу, безусловно, более удобным кажется вариант свободного выбора, так как он позволяет ему за счет выбора квалификации подобрать соответствующий правовой режим, который покажется ему наиболее выгодным в заданных условиях, и обойти императивные правила, установленные в рамках правового режима конкурирующего способа защиты. Если истца не устраивают сроки давности, доступные ответчику возражения и иные элементы правового режима, установленные для одного способа защиты, направленного на удовлетворение некоего материального интереса (например, взыскание долга), он облетит свое требование о взыскании того же долга в одежде другого теоретически доступного способа защиты.

Часто эта проблема обсуждается как проблема конкуренции исков, но с учетом выбранного в российской практике подхода к индивидуализации исков, в рамках которого иск индивидуализирует не выбранная квалификация способа защиты, а тот материальный интерес, который истец преследует в совокупности с фактическими обстоятельствами, открывающими доступ к реализации этого интереса (а вопросы правовой квалификации способа защиты и правового обоснования выходят за рамки элементов иска), корректнее было бы, видимо, говорить о возможности свободного выбора конкурирующих правовых квалификаций иска.

По данному вопросу высказываются различные позиции, а в разных странах отражаются прямо противоположные подходы, но нам представляется более убедительным подход, исключающий такое жонглирование правовыми нормами. Судебной практике и науке следует стремиться определиться в том, как разрешать возможные коллизии различных способов защиты.

Российская судебная практика высших судов также в основном демонстрирует приверженность такому подходу. Высшие судебные инстанции постоянно пытаются разрешить подобные коллизии за счет признания приоритета одного из способов защиты над другим. В качестве примера можно привести правовоположение о том, что спор о возврате имущества, вытекающий из договорных отношений или отношений, связанных с применением последствий недействительно-



сти сделки, подлежит разрешению в соответствии с законодательством, регулирующим данные отношения, тогда как в случаях, когда между лицами отсутствуют договорные отношения или отношения, связанные с последствиями недействительности сделки, спор о возврате имущества собственнику подлежит разрешению по правилам ст. 301 и 302 ГК РФ (абзацы первый и второй п. 34 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). Здесь прослеживается идея о том, что при наличии между сторонами договора, предполагающего возврат вещи, договорное требование о возврате (иск о понуждении к исполнению в натуре) вытесняет виндикационное притязание, а при недействительности сделки, опосредующей переход владения, реституционная квалификация возвратного требования вытесняет виндикационную. Истец не может выбрать виндикацию в ситуациях, когда его требование о возврате вещи может быть квалифицировано как договорное или реституционное.

Или возьмем пример кражи денег: является ли иск об их возврате кондикционным притязанием или взысканием убытков? Казалось бы, правовые основания имеются для удовлетворения обоих, так как налицо деликт и неосновательное обогащение. Сторонники «конкуренции исков» выдвигают идею о том, что истцу стоит предоставить выбор в отношении квалификации своего иска о возврате денег либо как убытков, либо как неосновательного обогащения. Но кажется более логичным исключить такой выбор и просто четко определить корректную квалификацию таких исков. ВАС РФ склонялся к приоритету кондикционной квалификации, хотя вопрос продолжает быть предметом дискуссий (см. подп. «в» п. 1.10 комментария к ст. 15 ГК РФ).

Та же проблема возникает в ситуации, когда нарушение договора (например, дефекты в поставленном товаре) причиняет вред иному имуществу контрагента или его здоровью. Казалось бы, здесь налицо основания и для деликтного, и для договорного обоснования иска об убытках. Сторонники конкуренции исков выступают за то, чтобы позволить истцу самому выбирать тот правовой режим, который покажется ему более удобным. Противники пытаются установить четкое иерархическое соотношение этих режимов. В частности, российские суды практически всегда квалифицируют иск поклажедателя к хранителю о возмещении убытков в связи с гибелью сданной на хранение вещи как договорный, а не деликтный и часто высказываются в пользу того, что договорная квалификация вытесняет деликтную при причинении вреда имуществу кредитора при оказании услуг или выполнении работ (за исключением тех случаев, когда закон прямо устанавливает

инверсивное решение и отдает приоритет деликтной квалификации, как в случаях причинения вреда личности или имуществу потребителя). Но вопрос остается дискуссионным, и можно встретить решения, признающие свободу выбора квалификации. См. подробнее подп. «а» п. 1.3 комментария к ст. 15 ГК РФ.

В ряде ситуаций выбор правовой квалификации иска (т.е. способа защиты, реализация которого обеспечивает соответствующий материальный интерес истца) может иметь принципиальное значение. Например, деликтная квалификация взыскания убытков вместо договорной может привести к обходу сокращенных в специальных нормах закона сроков давности или выведению иска из-под установленных в договоре ограничений договорной ответственности. В то же время договорная квалификация иска об убытках к ответчику-коммерсанту не позволяет ему освободиться от ответственности даже при отсутствии вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), а деликтная приводит к обратному решению, так как деликтная ответственность коммерсантов строится на началах вины (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Различаться могут и многие иные аспекты правового режима. Например, условия ответственности за действия привлеченных должником третьих лиц в договорном праве (ст. 403 ГК РФ) отличаются от тех, которые применяются в праве деликтном (ст. 1068 ГК РФ).

В общем и целом свободный выбор правовой квалификации кажется не вполне справедливой идеей, так как приводит к отступлению от правового равенства. Получается, что мы начинаем допускать, что одна и та же ситуация может регулироваться принципиально по-разному, и даем истцу свободный выбор применимых норм. Но такого мерцания правового режима отношений быть не должно. Следует стремиться к обнаружению оптимального правового регулирования той или иной конфликтной ситуации, отражающего справедливый и разумный баланс интересов сторон. Например, трудно допустить, что в равной степени справедливой и разумной является как строгая, так и основанная на вине ответственность коммерсантов по одним и тем же фактическим основаниям. На самом деле какое-то одно из двух конкурирующих решений является правильным, а другое нет. И задача юристов – в спорах обнаружить то решение, которое является оптимальным с политико-правовых позиций. Допущение нескольких взаимоисключающих квалификаций, а значит, и правовых режимов одного и того же материального притязания при одном и том же наборе фактических обстоятельств означает, что мы расписываемся в некоторой случайности правового регулирования. Это представляется не вполне верным.

## Дополнительная литература

### **Признание права**

*Гордон В.М.* Иски о признании // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13. № 6. С. 190–246; 2014. Т. 14. № 1. С. 177–251; № 2. С. 183–237; № 3. С. 166–212.

*Рожкова М.А.* Требование о признании в арбитражном процессе // Арбитражная практика. 2002. № 11. С. 19–26.

*Скловский К.И.* Об условиях предъявления иска о признании права собственности // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1. С. 38–47.

*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. 108–140.

### **Пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения**

*Гордон В.М.* Иск о воспреещении (Литературное обозрение). СПб.: Тип. т-ва «Обществ. польза», 1913.

*Кузнецова Л.В.* Иск о запрещении деятельности, создающей угрозу причинения вреда // Иски и судебные решения: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2009. С. 107–146.

### **Преращение или изменение правоотношения**

*Бабаев А.Б.* Проблема секундарных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

*Васьковский Е.В.* Курс гражданского процесса. Т. I. Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1913.

*Зекель Э.* Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 205–252.

*Лассен Т.* Преобразовательные права (*Gestaltungsrechte*) по немецкому праву // Вестник гражданского права. 2018. № 5. С. 139–168.

*Крашенинников Е.А.* К теории права на иск. Ярославль: [б. и.], 1995.

*Крашенинников Е.А.* Защита охраняемых законом интересов путем преобразования прав и обязанностей // Вестник ВАС РФ. 2013. № 2. С. 6–9.

*Рожкова М.А.* Преобразовательные иски // Законодательство. 2001. № 3. С. 66–71.

*Рыбалов А.О.* Потестативные права // Закон. 2008. № 7. С. 131–137.

***Исполнение в натуре***

*Громов А.А.* Влияние невозможности исполнения на право требовать исполнения договорного обязательства в натуре: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

*Карапетов А.Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003.

*Павлов А.А.* Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001.

*Kleinschmidt J.* Specific Performance // *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* / J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier (eds.). Vol. II. Oxford University Press, 2012.

*Riehm Th.* Der Grundsatz der Naturalerfüllung (= *Jus Privatum*. Bd. 191). Mohr Siebeck, 2015.

*Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives* (= *Ius Commune Europaeum*. Vol. 71) / J. Smits, D. Haas, G. Hesen (eds.). Intersentia, 2008.

*Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Clarendon Press, 1988.

***Моральный вред***

*Белякова А.М.* Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда: теория и практика. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1986.

*Малеин Н.С.* Возмещение вреда, причиненного личности. М.: Юрид. лит., 1965.

*Эрделевский А.М.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 3-е изд., испр. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2004.

*Ярошенко К.Б.* Жизнь и здоровье под охраной закона. Гражданско-правовая защита личных неимущественных прав граждан. М.: Юрид. лит., 1990.

*Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (= *Tort and Insurance Law*. Vol. 2) / W.V. Horton Rogers (ed.). Springer, 2001.

*Markesinis B., Coester M., Alpa G., Ullstein A.* Compensation for Personal Injury in English, German and Italian law: A Comparative Outline. Cambridge University Press, 2005.

*Wilcox V.* A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss. Cambridge University Press, 2016.

*The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law* / V.V. Palmer (ed.). Cambridge University Press, 2015.

***Выбор способов защиты***

*Абушенко Д.Б.* Альтернативные иски: теоретические основы правовой конструкции // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 6. С. 12–19.

*Аргунов А.В.* **Правовое основание спора во французском гражданском процессе** // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 4. С. 140–153.

*Гурвич М.А.* Право на иск / Отв. ред. А. Ф. Клейнман. М.; Л.: Изд-во АН СССР, 1949.

*Кашкарова И.Н.* **К вопросу о возможности предъявления альтернативных (факультативных) исков в состязательном процессе** // Закон. 2014. № 3. С. 151–159.

*Ненашев М.М.* Способ защиты права: процессуальные вопросы // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 8. С. 44–48; № 12. С. 10–14.

*Шварц М.З.* Готовы ли мы к профессиональному процессу? (Краткий комментарий к пункту 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 № 126) // Арбитражные споры. 2009. № 2. С. 153–162.

The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law (= Principles of European Tort Law. Vol. 2) / M. Martin-Casals (ed.). Intersentia, 2019.

**Статья 13. Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления**

Ненормативный акт государственного органа или органа местного самоуправления, а в случаях, предусмотренных законом, также нормативный акт, не соответствующие закону или иным правовым актам и нарушающие гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, могут быть признаны судом недействительными.

В случае признания судом акта недействительным нарушенное право подлежит восстановлению либо защите иными способами, предусмотренными статьей 12 настоящего Кодекса.

***Комментарий*****1. Общая характеристика права на отдельное оспаривание акта органа**

Успешное оспаривание акта государственного органа или органа местного самоуправления (далее – акт органа) может предотвратить или остановить незаконные действия, понудить государственный орган

исполнить свою обязанность, установить предварительно противоправность поведения органа в целях упрощения доказывания в деле об убытках и т.п. Ценность ст. 13 ГК РФ заключается поэтому как минимум в общем закреплении возможности такого оспаривания в суде и признания судом акта органа недействительным.

По общему правилу признание недействительным акта органа не означает разрешения спора между частными лицам, если такой спор имеет место и его касается этот акт. Самым известным примером здесь будет п. 56 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, согласно которому зарегистрированное право на недвижимое имущество не подлежит оспариванию путем заявления требований об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий государственного регистратора, поскольку *в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений*, не может разрешаться спор о праве на недвижимое имущество. Если лицо полагает, что государственным регистратором допущены нарушения при осуществлении государственной регистрации права или сделки, оно вправе обратиться в суд с заявлением о соответствующем оспаривании. Судебный акт по таким делам является основанием для внесения записи в реестр только в том случае, когда об этом указано в его резолютивной части. Суд вправе сделать такой вывод, если изменение реестра не повлечет нарушения прав и законных интересов других лиц, а также *при отсутствии спора о праве* на недвижимость, например, когда судебный акт принят *по заявлению обеих сторон сделки* об оспаривании отказа государственного регистратора совершить регистрационные действия.

Оспаривание ненормативного и нормативного правовых актов существенно различается и по процедуре (начиная от выбора компетентного суда), и по последствиям. При этом провести границу между этими актами не так уж просто, что будет показано ниже.

Часть первая ст. 13 говорит о том, что всякий ненормативный акт может быть подвергнут отдельному оспариванию. Вероятно, речь должна вестись не только об «оформленном» акте, но и о любом решении, действии (бездействии) органа, если оно не соответствует закону или иным правовым актам и нарушает гражданские права и охраняемые законом интересы частного лица. По крайней мере так это правило раскрывается в корреспондирующих ему нормах процессуальных кодексов (гл. 22 КАС РФ, гл. 24 АПК РФ). Говоря об оспаривании ненормативного акта, мы также будем иметь в виду оспаривание действий, бездействия и решений и т.п.

Условиями для признания ненормативного акта недействительным являются а) несоответствие акта закону или иному нормативному

правовому акту и б) нарушение гражданского права или охраняемого законом интереса частного лица (несоответствие нормативному акту должно затрагивать лицо, оспаривающее ненормативный акт).

Возможность признания нормативного правового акта недействующим<sup>1</sup> согласно комментируемой статье признается в тех случаях, когда это допускает закон: такая возможность генерально установлена Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» (применительно к оспариванию законов и ряда иных правовых актов на предмет соответствия Конституции РФ), а также нормами гл. 21 КАС РФ и гл. 23 АПК РФ (применительно к оспариванию подзаконных нормативных правовых актов на предмет их соответствия законам или иным правовым актам, обладающим большей юридической силой).

Кроме нормативных актов оспорены могут быть также акты, «содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами» (гл. 21 КАС РФ). Различие между собственно нормативными актами и такими разъяснениями весьма туманно. Возможно, следовало бы просто признать их единым явлением.

На практике исключения составляют акты, принятые в специальных процедурах, таких как производство по делам об административных правонарушениях или уголовное судопроизводство: их оспаривание осуществляется по специальным правилам. Впрочем, если такой акт противозаконно затрагивает гражданские права, по букве ст. 12 и 13 ГК РФ суд в гражданском процессе обязан давать оценку и ему. По крайней мере это должно быть верно в отношении актов, которые приняты не судом, а иным органом: здесь не будет проблемы вторжения в судебное решение, вынесенное в отношении тех же лиц, вне процедуры оспаривания его в суде вышестоящей инстанции.

## 2. Компетентный суд

Говоря об оспаривании акта органа, следует остановиться на процедуре, в рамках которой это происходит, поскольку процессуальные кодексы содержат специальные правила такого оспаривания.

---

<sup>1</sup> О различии в терминологии («недействительный» — «недействующий») см. Постановление КС РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П. Впрочем, на наш взгляд, серьезный спор могут вызывать лишь последствия оспаривания акта, а не термины, в которых они описываются, учитывая что даже применительно к гражданско-правовой сделке объем общеприятых понятий «недействительность», «ничтожность» и «оспоримость» вызывает споры, а закон знает недействительность на будущее время и незаключенность, по сути дублирующую в главном эффекте ничтожность.

Если акт нормативный, дело о его специальном оспаривании будет рассматриваться судом общей юрисдикции по правилам гл. 21 КАС РФ («Производство по административным делам об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами»). Однако дела об оспаривании таких актов федеральных органов исполнительной власти в сфере патентных прав и прав на селекционные достижения, права на топологии интегральных микросхем, права на секреты производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, права использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии рассматривает Суд по интеллектуальным правам, входящий в систему арбитражных судов (п. 1 и 1.1 ч. 4 ст. 34, гл. 23 АПК РФ). Кроме того, оспаривание федеральных законов и ряда иных нормативных правовых актов на предмет соответствия Конституции РФ осуществляется в КС РФ на основании положений Конституции РФ и Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», о чем кратко будет сказано ниже.

Дела об оспаривании ненормативных правовых актов, а также решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных федеральным законом отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностных лиц, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, рассматриваются в арбитражном суде (п. 2 ч. 1 ст. 29 АПК РФ).

Оспаривание ненормативных правовых актов в арбитражном суде проходит по правилам обычного искового производства с особенностями, установленными гл. 24 АПК РФ. Часто заявитель ошибается в том, чего же он требует — оспаривает акт или добивается удовлетворения гражданского иска. Для судьи арбитражного суда не должно составлять труда принятие заявления и рассмотрение его в правильной процедуре. Более того, чисто гипотетически нет проблемы и тогда, когда оба требования заявлены одновременно, ведь можно допустить, что в рамках одного дела иск может быть рассмотрен в общем порядке, а заявление об оспаривании акта — с особенностями гл. 24 АПК РФ. Например, заявитель может одновременно требовать признать незаконными действия таможенного органа и взыскать причиненные этим убытки. Процессуальный закон позволяет не разделять эти требования.

В суде общей юрисдикции ненормативные акты, которые не подлежат оспариванию в арбитражном суде, оспариваются в порядке



гл. 22 КАС РФ. Однако согласно п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 споры о признании актов недействительными (незаконными) не подлежат рассмотрению в порядке, предусмотренном КАС РФ, если их исполнение привело к возникновению, изменению или прекращению гражданских прав и обязанностей. В последнем случае такой спор рассматривается по общим правилам ГПК РФ. Например, не подлежат рассмотрению по правилам КАС РФ служебные споры, в том числе дела, связанные с доступом и прохождением различных видов государственной службы, муниципальной службы, а также дела, связанные с назначением и выплатой пенсий, реализацией гражданами социальных прав, дела, связанные с предоставлением жилья по договору социального найма, договору найма жилищного фонда социального использования, договору найма специализированного жилищного фонда. Такие акты оспариваются в порядке общего искового производства по общим правилам ГПК РФ (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 4 августа 2015 г. № 6-КГ15-5 в Обзоре судебной практики ВС РФ № 3 (2015), утвержденном Президиумом ВС РФ 25 ноября 2015 г.). Следовательно, при обращении в суд общей юрисдикции могут возникать проблемы не только с определением того, гражданский иск или заявление об оспаривании акта подает частное лицо, но и с тем, в какой из процедур должно рассматриваться дело об оспаривании акта — по правилам КАС РФ или по общим правилам ГПК РФ.

### **3. Проверка законности акта при рассмотрении частного спора**

Зачастую самостоятельное оспаривание акта органа носит вспомогательный характер, поскольку заявителю обычно доступны иные способы защиты, в ходе осуществления которых может быть констатирована недействительность такого акта. Так, при рассмотрении собственно гражданско-правового иска (например, требования о возмещении убытков) истец по общему правилу не лишен возможности заявить о неприменении судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону (ст. 12 ГК РФ). Более того, суд *ex officio* должен оценить законность того или иного акта. Например, в отношении нормативного акта суд, установив при рассмотрении дела несоответствие его иному имеющему большую юридическую силу нормативному правовому акту, принимает судебный акт в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим большую юридическую силу (ч. 2 ст. 11 ГПК РФ, ч. 2 ст. 13 АПК РФ). Эта особенность, в частности, позволяет говорить о том, что право оспорить в судебном порядке непосредственно нормативный пра-

новой акт органа публичной власти (абстрактный нормоконтроль) представляет собой *дополнительную* возможность защиты прав и свобод с использованием судебного механизма. И без такого отдельного оспаривания суд обязан не применять противозаконный акт при рассмотрении гражданского дела (см. Постановление КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П).

К сожалению, на практике этот подход, согласно позиции КС РФ, в конце концов поддержанной и ВС РФ, не применяется к ситуациям противоречия нормативного правового акта Конституции РФ: признать закон или иной нормативный правовой акт не соответствующим Конституции РФ может только КС РФ. Если суд общей юрисдикции или арбитражный суд усматривает противоречие применимой нормы закона или подзаконного акта Конституции РФ, он не может напрямую применить Конституцию РФ и проигнорировать данную неконституционную, на его взгляд, норму, а должен приостановить рассмотрение спора и обратиться в КС РФ, который наделен компетенцией признать данную норму неконституционной (см. п. «ж» комментария к ст. 3 ГК РФ).

Что же касается ненормативного правового акта, то по общему правилу его оспаривание также не является обязательным условием для его неприменения. Если в ходе рассмотрения какого-либо гражданского спора (например, о взыскании убытков, возникших в связи с принятием государственным органом незаконного акта, в порядке ст. 16 ГК РФ) встает вопрос о законности такого акта, суд, оценив доводы сторон, констатирует его незаконность и, соответственно, отсутствие правового эффекта и на основании этого выносит решение. Предъявление специального требования, направленного на признание незаконного ненормативного правового акта недействительным, как правило, не требуется: такой акт не имеет юридической силы *ipso facto*. Но если заинтересованное лицо хочет добиться отдельной констатации судом того, что спорный акт незаконен и не имеет силы, оно может отдельно требовать признания такого акта недействительным согласно упомянутым нормам ГПК РФ, АПК РФ или КАС РФ.

#### **4. Абстрактный нормоконтроль**

##### **4.1. Деление актов на нормативные и ненормативные**

Строго говоря, определение нормативного правового акта, т.е. акта, содержащего норму права, является непростой задачей хотя бы потому, что само понятие нормы права представляет собой высочайший уровень обобщения правового материала и выступает предметом бесконечных дискуссий. Вместе с тем судебная практика

не боится высказываться по этому вопросу. Так, Президиум ВАС РФ, оценивая тарифное решение, указывал, что такое «решение является нормативным правовым актом, поскольку оно принято в установленном порядке уполномоченным на то органом государственной власти, устанавливает правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц и рассчитанные на неоднократное применение» (Постановление Президиума ВАС РФ от 3 февраля 2004 г. № 12343/03).

Согласно п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50 признаками, характеризующими нормативный правовой акт, являются: издание его в установленном порядке уполномоченным органом государственной власти, органом местного самоуправления, иным органом, уполномоченной организацией или должностным лицом; наличие в нем правовых норм (правил поведения), обязательных для неопределенного круга лиц, рассчитанных на неоднократное применение, направленных на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений.

По всей видимости, типизация нормативных актов по их содержанию и влиянию на регулируемые отношения ждет дальнейших разработок, прежде всего компаративистских. Российский же материал показывает, что под единой крышей нормативного правового акта собраны разноплановые явления.

Любопытно, например, что, как уже отмечено выше, акт об установлении регулируемой цены традиционно расценивается в отечественном праве как нормативный<sup>1</sup>, хотя всегда можно поставить вопрос о том, что же за правило поведения (норму) он содержит. Впрочем, требование «взимать и вносить плату в таком-то размере», может быть, и стоит расценивать как императивное нормативное предписание.

Ярким примером практического проявления проблемы деления актов на нормативные и ненормативные является снос самовольных построек в административном порядке (п. 4 ст. 222 ГК РФ в первоначальной редакции), который проходил в городе Москве на основании постановления Правительства этого города от 8 декабря 2015 г. № 829-ПП. Этим постановлением были утверждены абстрактное положение об организации работы по сносу самовольных построек и вполне

---

<sup>1</sup> См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 3 февраля 2004 г. № 12343/03, постановление Пленума ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 63 «О рассмотрении судами споров об оплате энергии в случае признания недействующим нормативного правового акта, которым установлена регулируемая цена» и др.

конкретный перечень подлежащих сносу объектов. Некоторые владельцы последних добивались признания указанного постановления противоречащим федеральному законодательству и недействующим в процедуре абстрактного нормоконтроля. Таким образом, они оспаривали постановление как *нормативный* акт, но в отношении именно своих конкретных объектов. Московский городской суд и СКАД ВС РФ (Определение от 29 апреля 2016 г. № 5-АПГ16-12) в удовлетворении требования отказали, но при этом рассматривали дело в порядке *абстрактного нормоконтроля*.

КС РФ, однако, признавая конституционность самого п. 4 ст. 222 ГК РФ в его первоначальной редакции, ссылаясь на нормы гл. 22 КАС РФ, посвященные оспариванию актов *ненормативных* (Определение КС РФ от 27 сентября 2016 г. № 1748-О). Равным образом и законодатель, совершенствуя механизм административного сноса, внес в ГПК РФ и в АПК РФ правила, касающиеся оспаривания решения о таком сносе как *ненормативного* правового акта (см., например, ч. 2 ст. 154 ГПК РФ, абзац третий ч. 1 ст. 200 АПК РФ). При этом в КАС РФ поправки не вносились, и он не содержит упоминания решений о сносе самовольных построек, ведь если этот акт является *ненормативным*, то он будет оспариваться или по АПК РФ, когда затронет права предпринимателя, или по ГПК РФ, когда коснется гражданских прав гражданина (см. п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 36).

Надо полагать, что, если акт касается конкретного частного лица, указывает его имя или именно его имущество и рассчитан на однократное применение в отношении данного лица, не должно быть сомнений, что в этой части он *нормативным* не является.

#### **4.2. Процедура**

Как указывает ст. 13 ГК РФ, *нормативный акт* может быть оспорен в случаях, предусмотренных законом. Вероятно, таким законом оказывается закон процессуальный — гл. 21 КАС РФ и гл. 25 АПК РФ (в части оспариваемых в Суде по интеллектуальным правам *нормативных актов*, касающихся интеллектуальных прав), которые устанавливают достаточно широкие возможности для такого оспаривания.

Согласно ч. 1 ст. 208 КАС РФ с административным иском заявлением о признании *нормативного правового акта* не действующим полностью или в части вправе обратиться *лица, в отношении которых применен этот акт*, а также *лица, которые являются субъектами отношений, регулируемых оспариваемым нормативным правовым актом*, если они полагают, что этим актом нарушены или нарушаются их права, свободы и законные интересы. Равным образом граждане, ор-

ганизации и иные лица вправе обратиться в Суд по интеллектуальным правам с заявлениями о признании недействующими нормативных правовых актов, если полагают, что такой оспариваемый нормативный правовой акт или отдельные его положения не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту, имеющим большую юридическую силу, и нарушают их права и законные интересы (ч. 1 ст. 192 АПК РФ).

Как мы видим, возможность по оспариванию нормативного акта предоставлена достаточно широкому кругу лиц, но этот круг все-таки ограничен теми, кого данный акт непосредственно затрагивает. Остается открытым вопрос об оспаривании нормативных правовых актов во имя общественных интересов общественными деятелями, если они не были субъектами тех отношений, которые данный акт регулирует. Как представляется, чем скорее незаконный акт будет объявлен недействительным, тем меньше вреда он причинит обществу и экономике. Роль гражданского общества, чутко реагирующего на ошибки правотворческих органов и оперативно инициирующего иски об оспаривании актов, не должна недооцениваться.

Если нормативный правовой акт полностью или в части признается не соответствующим иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, суд признает его *не действующим полностью или в части со дня его принятия или с иной определенной судом даты* (п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ, п. 2 ч. 2 ст. 195 АПК РФ). Поскольку здесь закон допускает обессиливание нормативного акта судом не с даты его принятия, то для подобного решения, согласно которому противозаконный акт признается все же действующим в течение какого-либо периода времени, должны быть особо веские основания, позволяющие игнорировать действие незаконного акта. В целом сама принципиальная возможность признания незаконного акта недействующим не с даты его принятия вызывает сомнения.

При этом следует отметить, что после определенного колебания практики она пришла к выводу о том, что, даже если суд признает нормативный акт не действующим не со дня его принятия, а с иной даты (например, с даты вступления в силу судебного решения об этом), это не является основанием для отказа в защите гражданских прав, нарушенных в период действия данного акта. Например, если нормативный правовой акт, устанавливающий регулируемую цену, признан судом недействующим в связи с завышенным размером цены ресурса, потребитель соответствующего ресурса, добросовестно оплативший его стоимость поставщику ресурса, вправе взыскать с последнего переплату, в том числе за период до признания судом нормативного

правового акта недействующим (п. 1 ст. 424, подп. 3 ст. 1103 ГК РФ), или зачесть это требование в отношении своих обязательств перед поставщиком (ст. 410 ГК РФ) (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 63)<sup>1</sup>.

В примере с регулируемой ценой после успешного оспаривания акта, который ее установил, с плательщика в любом случае нельзя взыскать долг, рассчитанный по этой цене, даже за период, предшествующий оспариванию: оплата будет производиться либо по цене из принятого в результате «работы над ошибками» акта, замещающего незаконный, либо, если такой акт отсутствует, в размере, определенном судом в деле о взыскании долга с учетом судебного решения, принятого в порядке абстрактного нормоконтроля (п. 4 и 5 Постановления Пленума ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 63). При этом возникает вопрос, как быть, если с плательщика еще до момента вступления в законную силу решения суда, которым признан недействующим такой акт, уже взыскали в судебном порядке задолженность по «незаконной» регулируемой цене. Вправе ли он потребовать пересмотра судебного акта о взыскании долга? Может ли он как-то остановить исполнительное производство?

У лиц, которые добились через КС РФ признания закона неконституционным, есть право требовать пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам (п. 3 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 3 ч. 2 ст. 311 АПК РФ). Но вправе ли лица, оспорившие иной нормативный акт, добиваться этого? Равным образом имеют ли на это право те, кто не участвовал в деле по абстрактному нормоконтролю, но в отношении кого был применен незаконный акт?

Представляется, что принцип равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ) не оставляет нам другого варианта, кроме как дать положительные ответы на эти вопросы. Однако на момент написания настоящего комментария, к сожалению, однозначного подхода правоприменительной практики к их решению не имеется.

---

<sup>1</sup> См. ранее существовавшую обратную правовую позицию в Постановлении Президиума ВАС РФ от 3 февраля 2004 г. № 12343/03 и аналогичную приведенной в постановлениях от 29 сентября 2010 г. № 6171/10 и от 29 октября 2013 г. № 6098/13. Сама возможность признания нормативного акта недействующим не с момента его принятия, как представляется, является рудиментом прежнего подхода, который в принципе признавал нормальным действие и применение противозаконного акта в части отношений, возникших до его оспаривания в суде (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 3 февраля 2004 г. № 12343/03). Отказ от такого подхода и признание вспомогательного значения абстрактного нормоконтроля с точки зрения защиты гражданских прав лишают всякого смысла признание нормативного акта недействующим с даты, отличной от даты его принятия.

Формально закон не знает сроков на оспаривание нормативного акта<sup>1</sup>: пока он действует и влияет на права неопределенного круга частных лиц, можно поставить вопрос о его правомерности, даже если нарушение права заявителя произошло достаточно давно. В данном случае считается, что речь идет не о гражданском иске, и общая исковая давность не применима. Практика, однако, столкнулась с другой проблемой: как быть, если оспариваемый акт уже утратил силу?

Президиум ВАС РФ сформировал позицию, согласно которой правомерность такого акта может быть проверена в порядке абстрактного нормоконтроля, если он повлиял или продолжает влиять на права и обязанности частных лиц (например, по отношениям, возникшим до утраты им силы) (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 12939/09).

КАС РФ содержит положение, согласно которому судья отказывает в принятии заявления об оспаривании нормативного акта, если на день его подачи оспариваемый акт или его оспариваемые положения прекратили свое действие (п. 5 ч. 1 ст. 128, ч. 1 ст. 210 КАС РФ, ч. 5 ст. 3 АПК РФ). При этом в п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50, с одной стороны, указано, что заявитель вправе оспорить в суде в порядке, предусмотренном гл. 22 КАС РФ, 24 АПК РФ, решения, действия (бездействие), основанные на таком акте, либо обратиться в суд в порядке гражданского судопроизводства за защитой частного субъективного права или за освобождением от соответствующей юридической обязанности, поставив вопрос *о неприменении* при разрешении спора данного акта или его части. В любом случае указанное основание для отказа в принятии заявления не применяется в случаях, когда *нормативные правовые акты, срок действия которых истек, продолжают применяться к определенным видам правоотношений*.

Таким образом, Пленум ВС РФ, пусть и усеченно, воспринял указанную позицию ВАС РФ применительно к оспариванию нормативных актов по КАС РФ: утративший силу нормативный акт в принципе может быть предметом абстрактного нормоконтроля.

#### ***4.3. Специфика конституционного нормоконтроля***

Согласно ст. 36 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» основанием к рассмотрению этим судом дела является в том числе обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ закон или иной нормативный акт.

---

<sup>1</sup> В отношении ненормативных актов такие сроки установлены, в частности, ст. 219 КАС РФ и 198 АПК РФ.

Как уже указывалось, согласно сложившейся практике, суд общей юрисдикции и арбитражный суд не производят проверку закона или иного правового акта на соответствие Конституции РФ — это делает лишь КС РФ в ходе процедур, установленных названным Законом. Хотя с учетом правила о прямом действии Конституции РФ (ч. 1 ст. 15) по крайней мере в отношении подзаконных актов такое положение дел может вызвать обоснованные сомнения: рассматривая конкретное дело, суд, подчиняясь Конституции РФ (ч. 1 ст. 120), вполне может самостоятельно расценить подзаконный акт как неконституционный.

Согласно ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» Суд разрешает дела о соответствии Конституции РФ федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов РФ, изданных по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти РФ и совместному ведению органов государственной власти РФ и органов государственной власти субъектов РФ.

Если КС РФ принимает итоговое решение в виде постановления о признании оспариваемого заявителем нормативного акта либо отдельных его положений не соответствующими Конституции РФ либо соответствующими Конституции РФ в данном КС РФ истолковании в судебном акте КС РФ, помимо всего прочего, указывается на необходимость пересмотра дела в отношении заявителя (ст. 75 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Если КС РФ признал нормативный акт не соответствующим Конституции РФ полностью или частично либо из решения КС РФ вытекает необходимость устранения пробела в правовом регулировании, орган, принявший этот нормативный акт, рассматривает вопрос о принятии нового нормативного акта, который должен, в частности, содержать положения об отмене нормативного акта, признанного не соответствующим Конституции РФ полностью, либо о внесении необходимых изменений и (или) дополнений в нормативный акт, признанный неконституционным в отдельной его части, или в нормативный акт, признанный соответствующим Конституции РФ в данном КС РФ истолковании. До принятия нового нормативного акта непосредственно применяется Конституция РФ. Суды общей юрисдикции, арбитражные суды при рассмотрении дел после вступления в силу постановления КС РФ (включая дела, производство



по которым возбуждено до вступления в силу этого постановления КС РФ) не вправе руководствоваться нормативным актом или отдельными его положениями, признанными этим постановлением КС РФ не соответствующими Конституции РФ, либо применять нормативный акт или отдельные его положения в истолковании, расходящемся с данным КС РФ в этом постановлении истолкованием (ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Таким образом, заявитель получает право требовать пересмотра его дела в связи с появлением нового обстоятельства – позиции КС РФ. Иные лица, чьи дела еще не рассмотрены, также оказываются защищенными от применения в отношении них неконституционного акта. Однако, как уже сказано выше, не участвовавшие в производстве в КС РФ лица, в отношении которых ранее судом был применен этот акт, на практике могут оказаться не защищены: закон не говорит прямо о том, что они могут ссылаться на позицию КС РФ как на новое обстоятельство и требовать пересмотра принятых в отношении них судебных решений. Очевидно, что непредоставление им такой возможности будет вопиющим нарушением принципа равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ).

Нельзя не заметить также, что КС РФ иногда прямо указывает на сохранение действия нормативных актов, которые признаны неконституционными, до принятия нового акта, исправляющего ошибку. Так в Постановлении от 25 апреля 2019 г. № 19-П КС РФ указал, что оспариваемый пункт акта Правительства РФ в сфере энергетики не соответствует Конституции РФ, и предписал Правительству РФ в срок не позднее 1 января 2020 г. внести необходимые изменения в действующее правовое регулирование. Но при этом КС РФ постановил, что впредь до вступления в силу нового правового регулирования оспариваемый пункт подзаконного акта подлежит применению в действующей редакции, а судебные решения по делу заявителя, вынесенные на основании неконституционного пункта, подлежат пересмотру на основании нового правового регулирования, если для этого нет иных препятствий. Таким образом, заявитель получил надежду на будущую защиту, если орган исправит свою ошибку. Отношения же с иными лицами оказались подвержены регулированию неконституционного акта до тех пор, пока такая ошибка не будет исправлена. Но получит ли новое регулирование обратную силу, и даст ли она право иным лицам требовать пересмотра вынесенных ранее судебных решений?

## 5. Присуждение

Пункт 1 ч. 2 ст. 227 КАС РФ содержит указание на то, что при признании ненормативного акта не соответствующим нормативным правовым актам и нарушающим права, свободы и законные интересы административного истца суд в решении также указывает на *обязанность* административного ответчика устранить нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или препятствия к их осуществлению либо препятствия к осуществлению прав, свобод и реализации законных интересов лиц, в интересах которых было подано соответствующее административное исковое заявление. Равным образом согласно п. 3 ч. 4 ст. 201 АПК РФ говорит о том, что в решении должно содержаться, помимо прочего, указание на *обязанность* устранить допущенные нарушения прав и законных интересов заявителя.

Остается открытым вопрос о том, насколько суд свободен в конкретизации этой обязанности и в указании органу того, что тот должен сделать. Очевидно, что простое указание на абстрактную обязанность может привести к тому, что орган издаст еще один незаконный акт. Но принятие судом решения за такой орган может привести к тому, что судья, рассматривая лишь один аспект проблемы и не будучи специалистом в конкретной сфере, может упустить иной аспект. Вероятно, истина где-то посередине. В каких-то случаях судебное решение может заменить собой соответствующий акт органа, и это не будет нарушением принципа разделения властей, поскольку компетентная власть уже не справилась с лежащей на ней функцией и в силу механизма сдержек и противовесов эту роль на себя взял суд, а в других судебный акт будет лишь констатировать нарушение закона и содержать обязанность органа действовать в дальнейшем без такого нарушения.

Следует отметить, что часто при абстрактном нормоконтроле даже за текстом федеральных законов КС РФ берет на себя установление временной нормы, которая действует до принятия законодателем правомерного решения<sup>1</sup>. Надо думать, что нет качественной разницы

---

<sup>1</sup> Ср., например: «Впредь до введения в действие нового правового регулирования граждане, совершившие административные правонарушения, связанные с нарушением правил охоты... вправе обращаться за получением лицензии на приобретение охотничьего огнестрельного оружия с нарезным стволом по истечении срока, в течение которого лицо считается подвергнутым административному наказанию (статья 4.6 КоАП Российской Федерации). <...>

Этим не исключается право федерального законодателя при внесении изменений в Федеральный закон «Об оружии» по-иному определить срок действия предусмотренной частью десятой его статьи 13 административно-предупредительной меры...» (Постановление КС РФ от 29 июня 2012 г. [№ 16-П](#)).

в том, какого уровня акт оспаривается и в каком компетентном суде происходит дело: суд для защиты прав заявителя вправе разумно вмешиваться в компетенцию соответствующего органа, если тот не справляется со своей задачей.

### **6. Исковая давность по гражданскому иску и оспаривание акта органа**

Как быть, если частное лицо оспаривало ненормативный акт и добилось признания его незаконным, однако не спешило со связанным с незаконностью акта гражданским иском (например, о взыскании убытков или возврате избыточно списанных в качестве штрафов сумм): прерывалась (останавливалась) ли исковая давность на время оспаривания акта?

Формально можно сказать, что судебная защита уже началась в момент подачи заявления об оспаривании акта и исковая давность во время оспаривания не текла. Однако, как видно из текста ст. 204 ГК РФ, посвященной «нетечению» исковой давности в связи с подачей иска, случаи «нетечения» прямо поименованы, и инициирования не гражданского, а административного процесса об оспаривании акта среди них нет. Очевидно, что ст. 204 ГК РФ имеет в виду «нетечение» давности по тому требованию, которое предъявлено. Не содержит указания на судебное оспаривание акта публичного органа как на основание приостановления течения исковой давности и ст. 202 ГК РФ, которая при этом в п. 3 упоминает внесудебную административную процедуру.

И нужно понимать, что в подавляющем большинстве случаев ответчиком по гражданскому иску будет иное лицо, чем публично-правовое образование, орган которого издал акт (например, оспаривается решение органа, осуществляющего регистрацию прав на недвижимость, а гражданский иск будет предъявлен к лицу, в пользу которого осуществлена спорная запись). Да и обстоятельства, и нормы права, которые должны обсуждаться при рассмотрении иска, будут сильно отличаться от тех, которые станут предметом рассмотрения при оспаривании акта. Поэтому судебное оспаривание акта по общему правилу не влияет на исковую давность по гражданскому правопритязанию.

Первым исключением из указанного правила может стать случай, когда гражданский иск объективно не мог быть предъявлен до признания акта недействительным. Это может быть вызвано различными специальными процедурными правилами и особым значением такого акта, препятствующими суду по гражданскому иску оценить его законность (правда, правомерность таких ограничений не может

не вызвать сомнений), исключительными особенностями конкретного дела и т.п.

Вторым исключением может стать ситуация, когда гражданский иск будет предъявляться к тому же публичному образованию, признания недействительным чьего акта добивался истец в первом, «административном» процессе. Например, сторона добивалась в течение нескольких лет признания недействительным акта пристава-исполнителя об ограничении выезда из Российской Федерации, а затем, добившись победы, обращается с гражданским иском по правилам ст. 16 ГК РФ о возмещении убытков, возникших в связи с принятием незаконного акта. Если бы истец в принципе не мог сразу же подать иск о возмещении убытков, не добиваясь предварительной констатации недействительности акта по правилам ст. 13 ГК РФ, нет никаких сомнений в том, что давность по гражданскому иску не может течь ранее, чем возникли право на иск и возможность его эффективной реализации. Но в большинстве случаев истцу была открыта возможность сразу же потребовать возмещения убытков. Возможность добиться судебной защиты своего права у истца в период рассмотрения административного спора была. Стоит ли допускать удлинение срока давности по гражданскому иску на период рассмотрения административного спора? Ответ может вызывать споры, но, как представляется, как минимум сложность регулирования (неочевидность в ряде случаев факта незаконности акта и оценки фактических обстоятельств) может стать извинительной для частного лица причиной в споре с государством сначала инициировать административный процесс об оспаривании акта. И в таком случае было бы, возможно, логично на период рассмотрения первого иска блокировать течение давности по гражданскому иску. Решение в данном случае может быть обосновано аналогией права (ст. 6 ГК РФ) (по этому вопросу см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 17 сентября 2019 г. № 303-ЭС19-7300).

### Дополнительная литература

*Разгильдеев А.В.* Административное правосудие: опыт стран Европы, США и возможность его использования в России // Закон. 2013. № 11. С. 135–150.

## Статья 14. Самозащита гражданских прав

**Допускается самозащита гражданских прав.**

**Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения.**

### *Комментарий*

#### **1. Общие замечания**

Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Все способы защиты можно разделить на две группы. В первую попадут те, что предполагают использование государственного механизма, во вторую — самостоятельные действия лица, направленные на воспрепятствование нарушению его прав и (или) восстановление своих прав.

Приоритет той или иной группы зависит во многом от того, какое соотношение в данном вопросе допускается публичной властью: претендует ли она на монопольное применение силы. Чем больше претензии публичной власти на такую монополию, тем существеннее ограничиваются возможности частного лица для самозащиты.

В настоящее время, несомненно, ключевыми являются государственные способы защиты. К числу важнейших задач государства принадлежит обеспечение мирного существования лиц. В связи с этим правопорядок требует, чтобы каждый отказался от применения силы против другого, и там, где он полагает свое право нарушенным, обратился к соответствующим государственным органам. Если у лица отобрали вещь, собственнику надлежит обратиться в полицию или истребовать ее через суд посредством виндикации; если должник не исполняет обязательство — кредитор вправе обратиться в суд с иском о взыскании убытков и (или) о понуждении к исполнению обязательства в натуре и т.д.

Среди всех средств защиты, предполагающих обращение к государственным органам, одним из ключевых представляется судебный порядок защиты права. При этом судебная защита основывается на таких принципах, как законность, беспристрастность и независимость, чего явно недостает самозащите. Частное лицо нередко не может объективно оценить ситуацию, придавая собственным интересам наибольшую значимость. Это, в частности, может быть выражено в ошибке относительно наличия самого нарушения, в несоразмерности использованных средств защиты и т.д.

Однако самозащита обладает одним бесспорным преимуществом, а именно скоростью реализации. В ряде случаев лицо объективно не может рассчитывать на своевременную помощь правопорядка, в то же время бездействовать в такой ситуации для него было бы явно неразумно. Например, против лица непосредственно осуществляется посягательство в форме грабежа или разбоя. В этом случае судебный способ защиты может просто не обеспечить эффективную защиту права, а даже если он и приведет к восстановлению нарушенного права лица, то, вне всяких сомнений, не позволит отразить посягательство и избежать таким образом ущерба в принципе. Неэффективность судебного способа защиты объясняется в подобной ситуации значительным временным разрывом между нарушением и тем моментом, когда лицо получает право воспользоваться монопольной властью государства на применение силы (например, в лице пристава, отбирающего вещь взыскателя у должника).

Предоставляемые государством возможности оперативного реагирования в виде обеспечительных мер (в том числе и предварительных) лишь частично позволяют разрешить приведенную проблему, законсервировав текущее положение дел до разрешения спора судом. Обеспечительные меры не позволят потерпевшему предотвратить посягательство. Например, собственник вещи видит убегающего вора, который вот-вот скроется, а найти его и идентифицировать личность будет крайне сложно, или в отношении лица осуществляется грабеж, воспрепятствовать которому можно только немедленным применением ответной силы, или собственник железнодорожного вагона понимает, что перевозимый товар слишком нагрелся и в любой момент может воспламениться, и, чтобы спасти вагон, нужно срочно залить его водой вместе с находящимися в нем иными товарами. В приведенных случаях эффективной мерой будут только самостоятельные действия лица, направленные на немедленное пресечение посягательства или устранение возникшей опасности.

В связи с этим государство не может полностью отказаться от того, чтобы предоставить частным лицам возможность своими собственными действиями защищать принадлежащие им права.

Действующий ГК РФ в комментируемой статье допускает самозащиту. Эта норма сконструирована как общее правило. Стоит отметить, что до этого и в Российской империи, и в советский период самозащита допускалась лишь с существенными ограничениями и по сути могла быть воплощена лишь в форме необходимой обороны или крайней необходимости. Попытка расширить сферу самозащиты, дополнив ее самопомощью (активными действиями лица, направленными на захват

имущества должника и (или) задержание самого лица), была предпринята в проекте Гражданского уложения Российской империи, однако так и не была доведена до конца.

Означает ли наличие в ГК РФ ст. 14, допускающей самозащиту по общему правилу, что сфера действия данного института расширилась, а незаконного самоуправства — сократилась? Может ли лицо отныне с 1995 г. в России самостоятельно защищать свои права в большем числе случаев, чем ранее? Как будет показано далее, наличие общего правила, допускающего самозащиту, не внесло кардинальных изменений в регулирование данного института.

## **2. Что понимается под самозащитой?**

По вопросу о том, какие действия охватываются самозащитой, как в литературе, так и в судебной практике сложились две основные позиции. Общим для них является восприятие самозащиты как института, включающего в себя действия, осуществляемые непосредственно частным лицом без обращения к компетентным государственным органам. Различие же в том, что именно за действия составляют самозащиту. Согласно первому подходу, эти действия могут быть только фактическими (отобрал вещь, ударил нападающего, выстрелил в собаку). По второй концепции, в сферу самозащиты входят и юридические действия, осуществляемые непосредственно лицом (зачет, односторонний отказ от договора, приостановление исполнения).

Сторонники более широкого понимания самозащиты отмечают, что правила, содержащиеся в ст. 14 ГК РФ, успешно могут применяться и к односторонним действиям лица, влекущим юридические последствия. В частности, приостановление встречного исполнения при нарушении должником своих обязательств по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ при таком подходе относится к категории самозащиты. Но приостановление встречного исполнения в полном объеме может быть несоразмерным нарушением, если контрагент на 99% выполнил свои обязательства и объем неисполненного является крайне незначительным. Применение критерия соразмерности, отраженного в ст. 14 ГК РФ, помогает обосновать вывод о недопустимости такого несоразмерного приостановления. Следует отметить, что данный подход широко поддержан в судебной практике на уровне судов первой, апелляционной и кассационной инстанций, которые, применяя к приостановлению исполнения правила о соразмерности, обосновывают это ссылкой на ст. 14 ГК РФ.

Впрочем, требуемый вывод может быть обоснован применительно к приостановлению исполнения и без апелляции к ст. 14 ГК РФ, так

как в абзаце втором п. 2 ст. 328 ГК РФ требование пропорциональности также отражено.

Как представляется, соразмерность средств защиты — это правило, которое должно работать не только для самозащиты, но и для иных способов. Вполне возможно, что источником его является не ст. 14 ГК РФ, а принцип добросовестности, нашедший свое отражение в ст. 1 ГК РФ. Соответственно, даже если бы ГК РФ не содержал ст. 14, это не означало бы допустимость несоразмерных действий при защите нарушенных прав.

При этом большинство односторонних действий частных лиц, имеющих юридическое значение, детально урегулированы или на уровне ГК РФ, или на уровне постановлений ВС РФ.

В частности, в отношении приостановления исполнения ВС РФ указал, что, если суд установит, что неисполнение со стороны истца носило незначительный характер, суд вправе удовлетворить иск об исполнении ответчиком обязательства в натуре, определив объем подлежащего истцом исполнения (абзац второй п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В связи с этим в настоящее время отсутствует какая-либо практическая необходимость в отнесении к самозащите предусмотренных в законе или договоре односторонних действий лица, влекущих юридические последствия и являющихся реакцией на нарушение своего права.

Сторонники более узкого понимания самозащиты выделяют юридические действия частного лица в ответ на нарушение своего права (отказ от нарушенного договора, приостановление встречного исполнения и т.п.) в отдельную группу, именуемую мерами оперативного воздействия. Отмечается также, что последние направлены на защиту обязательственных (относительных) прав, в то время как самозащита обеспечивает восстановление нарушенных абсолютных прав.

Отнесение к самозащите исключительно фактических действий представляется более правильным.

Наиболее важным фактором, вероятно, является то, что выделение категории самозащиты призвано ограничить произвол частного лица в отношении иных лиц. Применительно к юридическим односторонним действиям такое ограничение уже содержится в п. 2 ст. 154 и ст. 155 ГК РФ, исходя из которых, если односторонняя сделка совершена, когда законом, иным правовым актом или соглашением сторон ее совершение не предусмотрено или не соблюдены требования к ее совершению, то по общему правилу такая сделка не влечет юридических последствий, на которые она была направ-



лена (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Таким образом, все случаи, когда частное лицо вправе совершить одностороннее юридическое действие, порождающее неблагоприятные правовые последствия для других лиц, детально урегулированы в рамках специальных положений закона или условий договора. Односторонняя сделка не породит последствий, если ее совершение не дозволено законом, иным нормативным актом или договором. Более того, применительно к односторонним сделкам в России уже сложилось устойчивое регулирование, не требующее дополнять его еще и правилами о самозащите.

В свою очередь выделение категории «самозащита» призвано задать определенные рамки дозволенного поведения для фактических действий частного лица, направленных на защиту его нарушенных прав. Как следствие, эта категория имеет свою специфическую цель, предполагающую включение в нее именно фактических действий, направленных на защиту нарушенного права.

Для прояснения нашего понимания природы самозащиты рассмотрим квалификацию удержания.

Удержание действительно отличается от случаев захвата имущества должника, квалифицируемых в некоторых правопорядках (например, в Германии) как самопомощь, отсутствием элемента нападения. Однако является ли то обстоятельство, что удержание не предполагает активного захвата чужого имущества, достаточным для того, чтобы отказать в признании его самозащитой?

Ключевым фактором выступает оценка того, предполагает ли удержание фактические действия лица или, напротив, оно носит юридический характер. В момент удержания лицо не предпринимает захват вещей (поскольку у него уже было владение), единственное, что происходит, — это волеизъявление, направленное на удержание вещей и, как следствие, отказ выдать их собственнику в случае его обращения с просьбой о возврате. При этом указанное волеизъявление производит юридические последствия, а именно оно порождает у лица, удерживающего вещь, во-первых, самостоятельное основание владения (например, даже если договор хранения будет прекращен, удержание все равно будет правомерным), а во-вторых, права залогодержателя (ст. 360 ГК РФ). Если волеизъявление на удержание понимать как юридическое действие (что представляется обоснованным), то в таком случае удержание могут причислить к самозащите только те, кто считает, что самозащита включает в себя и фактические, и юридические действия частного лица. Так как нам такое расширение понятия самозащиты за счет включения в рамки этого понятия юридических волеизъявлений

кажется не вполне оправданным, удержание не признается разновидностью самозащиты права.

В дальнейшем в рамках настоящего комментария по изложенным выше причинам под самозащитой понимаются исключительно фактические действия частного лица. Поэтому удержание мы склонны не относить к категории самозащиты.

### **3. Условия допустимости самозащиты**

Общие ограничения самозащиты предусматриваются непосредственно в ст. 14 ГК РФ и применяются по общему правилу ко всем фактическим действиям лица, направленным на восстановление нарушенного права.

Во-первых, самозащита должна быть соразмерной нарушению. При пресечении посягательства различные фактические действия могут привести к прекращению нападения, к которому стремится потерпевший. Однако закон требует от него при осуществлении выбора использовать лишь те средства, при которых желаемый результат будет достигнут без причинения посягателю несоразмерно большего урона. Например, не допускается стрелять в человека, предпринявшего попытку украсть яблоки в саду (однако его можно попытаться прогнать, догнать и отобрать яблоки); уничтожать чужое движимое имущество, размещенное третьим лицом на земельном участке собственника без согласия последнего (его можно передвинуть, сдать на хранение третьему лицу).

Во-вторых, действия по самозащите не должны выходить за пределы пресечения нарушения права. Это правило означает, что осуществляемые фактические действия должны быть направлены исключительно на воспрепятствование нарушению. Например, при необходимой обороне пешеход несколько раз ударил в дверь машины, чтобы обратить внимание водителя на то, что тот осуществляет наезд на другого пешехода. Эти действия будут признаны необходимой обороной. Однако если водитель остановился, то последующее причинение вреда автомобилю, а также избивание водителя не будут рассматриваться в качестве правомерных действий, осуществленных в рамках необходимой обороны. Также нельзя из мести причинять ущерб родственникам или вещам нарушителя. Например, собственник вещи вправе догнать убегающего вора и отобрать вещь, но его действия по причинению вреда автомобилю вора, который убежал в другую от своей машины сторону и явно не собирался ею воспользоваться при побеге, не будут направлены на пресечение нарушения права.

Приведенный пример следует отличать от ситуации, когда кредитор захватывает имущество лица, не относящееся к правоотношению,

из которого возник долг. В таком случае приоритетной является идея, что должник отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом, а значит, действия по захвату вещи также будут направлены на самозащиту. Указанные действия рассматриваются в качестве самозащиты в некоторых правопорядках, например в Германии. В России же такое поведение не допускается, что отчетливо показано в п. 14 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66, где проведено различие между подобным неправомерным поведением и законным удержанием имущества. Спорным является вопрос, можно ли в договоре предусмотреть право кредитора осуществить захват вещей должника при наступлении просрочки (например, в рамках арендных или подрядных отношений). На данный момент какие-либо разъяснения высшей инстанции по приведенной проблеме отсутствуют.

Возникает вопрос, должны ли учитываться иные факторы, помимо изложенных? Например, что если лицу значительно проще и экономнее воспользоваться одним из возможных способов самозащиты, который, однако, наносит больший вред посягателю, чем альтернативный, более мягкий, но более затратный для защищающегося лица способ (при этом оба они отвечают критерию соразмерности)? Представляется, что в таком случае все же отсутствуют основания для признания незаконным действия, причиняющего сравнительно больший, но допустимый вред посягателю.

#### **4. Самозащита и судебная защита права: конкуренция**

Признание ГК РФ самозащиты в качестве средства правовой защиты ставит вопрос о ее конкуренции со способами, предполагающими обращение в суд. Можно ли прибегнуть к самозащите, если законом предусмотрен специальный иск на этот случай? Можно ли потребовать судебной защиты, если перед тем потерпевший своими фактическими действиями уже пытался воспрепятствовать нарушению?

Если обратиться к общеизвестной классификации, разделяющей иски преобразовательные, иски о присуждении и о признании, то можно заметить, что самозащита даже теоретически конкурирует только с исками о присуждении. Объясняется это тем, что самозащита являет собой действия фактического характера, которые никаким образом не могут повлиять на правовую сферу, которую призваны подтвердить иски о признании или изменить преобразовательные иски. Например, своими собственными фактическими действиями лицо не сможет признать оспоримую сделку недействительной или устранить неопределенность, признав право на земельный участок отсутствующим.

Между тем даже в подавляющем большинстве случаев конкуренции между судебным способом защиты, направленным на присуждение должного, и самозащитой также не будет, поскольку фактические действия (равнозначные тому, что в итоге сделал бы пристав на основании судебного решения) будут квалифицированы как самоуправство (ст. 330 УК РФ и ст. 19.1 КоАП РФ).

Однако в ряде случаев лицо все же обладает альтернативой. Например, если оно обнаружило на своем земельном участке чужой трубокладчик, собственник которого отказывается его вывезти (например, ссылаясь на отсутствие достаточных денежных средств ввиду банкротства), собственник участка, конечно, вправе заявить негаторный иск. Между тем он вправе воспользоваться и самозащитой и вывезти трубокладчик на стоянку для хранения.

Согласно п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 возможность самозащиты не исключает права такого лица воспользоваться иными способами защиты, предусмотренными ст. 12 ГК РФ, в том числе в судебном порядке. Пока нарушенное право не восстановлено, лицо вправе использовать как судебные, так и дозволенные внесудебные средства защиты. Например, в рамках необходимой обороны собственник отразил нападение разбойников, но один из них все же успел скрыться, забрав с собой некоторое имущество потерпевшего. В такой ситуации к убежавшему преступнику допустим виндикационный иск.

Наибольшие затруднения, вероятно, вызывает вопрос о возможности использования самозащиты, если потерпевшему уже было отказано в удовлетворении исковых требований не в связи с отсутствием права, а ввиду использования ответчиком эффективного возражения. Этот вопрос также переходит в еще более тяжелый — к каким последствиям приведет самоуправство в подобных случаях? Например, собственник вещи проиграл процесс о виндикации, поскольку ответчик сослался на исковую давность, а потом собственник просто забрал / отобрал эту вещь. Следует сразу отметить, что в определенных случаях такое отобрание вещи, возможно, и не будет квалифицироваться как самоуправство. Например, лицо увидело на улице принадлежащий ему автомобиль, который ранее был украден, но еще не перепродан добросовестному приобретателю. Имея с собой ключи, собственник открывает дверь и уезжает на нем. Каких-либо оснований для квалификации подобных действий ни в качестве самоуправства, ни в качестве хищения, вероятно, нет. Да, конечно, собственник, видимо, лишает вора или какого-то иного неуправомоченного владельца его владения, однако образует ли это состав самоуправства по российскому праву?

Что же будет в подобном случае? Сможет ли возвратить себе вещь ее бывший владелец?

Если речь идет о добросовестном лице, в отношении которого началось течение приобретательной давности, то согласно п. 2 ст. 234 ГК РФ требования давностного владельца о возврате вещи не могут быть заявлены против собственника. В отсутствие владельческой защиты похоже, что такое лицо вернуть себе вещь в судебном порядке не сможет. При этом, если бы посессорная защита имела место, давностный владелец забирал бы себе вещь, а возражение или встречный иск собственника отклонялись бы ввиду пропуска срока давности по виндикации. В нынешних реалиях давностный владелец может попытаться забрать вещь законным путем, только добившись возбуждения уголовного дела и постаравшись убедить государственные органы в квалификации действий собственника как хищения имущества, а не в качестве самоуправства. Тот факт, что собственник, даже пропустивший сроки исковой давности по виндикации, сохраняет шансы вернуть вещь путем силового воздействия, обусловлен имеющимся разрывом между истечением давности по виндикации и приобретением права собственности по давности. Если бы временного лага не было, соответствующая проблема была бы немыслима (давностный владелец становился бы собственником в момент истечения срока давности по виндикации).

Убедившись, что давностный владелец в настоящее время, скорее всего, не сможет вернуть себе вещь, отобранную собственником, аналогичное решение можно применить и к незаконным владельцам (вору, грабителю и т.д.). При этом не имеет значения, оцениваем ли мы вора как незаконного владельца, не имеющего возможности поменять свой титул и лишенного каких-либо прав на вещь вне зависимости от времени владения ею (что представляется правильным), или, применяя п. 18 Постановления Пленумов ВАС РФ и ВС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, переqualificируем его владение во владение по приобретательной давности.

##### **5. Самозащита, предполагающая воздействие на чужое имущество и (или) личность**

ВС РФ разделяет все действия, осуществляемые в рамках самозащиты, в зависимости от того, предполагают ли они воздействие лица на свое имущество (или имущество, находящееся в законном владении этого лица) или на имущество правонарушителя. В последнем случае самозащита возможна в форме необходимой обороны или в состоянии крайней необходимости (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ

от 23 июня 2015 г. № 25). Как представляется, подход ВС РФ применим не только к чужому имуществу, но и к воздействию на чужую личность.

Для начала разберем случаи воздействия частного лица на чужое имущество и (или) чужую личность в рамках самозащиты.

Исходя из разъяснений, изложенных в Постановлении ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, воздействие на чужое имущество и, видимо, на чужую личность допускается в пределах необходимой обороны или в состоянии крайней необходимости. В связи с этим целесообразно обратиться к более подробному описанию указанных институтов, а затем определить, допускаются ли еще какие-либо формы воздействия на имущество правонарушителя в рамках самозащиты.

### **5.1. Необходимая оборона**

ГК РФ не содержит понятия необходимой обороны. Единственное правило, относящееся к данному институту, устанавливает, что вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, не подлежит возмещению, если при этом не были превышены ее пределы (ст. 1066 ГК РФ).

Понятие необходимой обороны содержится в ст. 37 УК РФ. Исходя из судебной практики, видно, что суды активно пользуются данным понятием для разрешения гражданских споров. Кроме того, весьма подробно институт необходимой обороны урегулирован в Постановлении Пленума ВС РФ от 27 сентября 2012 г. № 19, а также в Обзоре практики применения судами положений гл. 8 УК РФ об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, утвержденном Президиумом ВС РФ 22 мая 2019 г. При этом вопросы, относящиеся к необходимой обороне, можно разделить на три блока: условия для обороны, допустимые действия в рамках обороны, последствия выхода за пределы обороны.

#### *(а) Условия для необходимой самообороны*

Предпосылкой для необходимой самообороны является создающее угрозу посягательство, уже начавшееся или непосредственно ожидаемое.

#### *(i) Посягательство*

Посягательство — это действие. Необходимая оборона не может применяться к ситуациям, когда имеет место чистое бездействие, например лицо не исполняет свое договорное обязательство или установленную законом обязанность.

Необходимой обороны также не будет, если лицо не осуществляло действия, но находилось в объекте повышенной опасности, который с большой долей вероятности должен был причинить вред, например, когда автомобилист неожиданно теряет сознание и транспортное

средство движется без его контроля. В таком случае опасность исходит не от водителя, а от продолжающего работать автомобиля. В подобной ситуации имеет место крайняя необходимость.

Посягательство должно носить противоправный характер. За исключением специальных оснований, допускающих посягательство, каждое уже начавшееся или непосредственно предстоящее посягательство в отношении прав или благ рассматривается как противоправное. Противоправность в подобном случае определяется результатом, который достигается в результате посягательства.

Однако не может быть необходимой самообороны против правомерных действий должностных лиц, находящихся при исполнении своих служебных обязанностей.

Если потерпевший целенаправленно пытался достичь состояния необходимой обороны (намеренная провокация), право на оборону отсутствует, поскольку провокатор сам является посягателем (п. 1.2 Обзора ВС РФ от 22 мая 2019 г.). Сложнее ситуация, если умысла у потерпевшего не было, но имело место предшествующее упречное поведение. Вероятно, в последнем случае при осуществлении необходимой обороны требуются определенная сдержанность (в первую очередь защита, а не сопротивление) и попытки уклониться от конфликта.

Представляется, что необходимая оборона не допускается и против лица, действующего в состоянии крайней необходимости, в рамках которой осуществляется правомерное поведение.

В дореволюционный период в рамках необходимой обороны по общему правилу могли отражаться только посягательства, направленные против личности, но не против имущественных прав (за рядом исключений, как правило, предполагающих воздействие и на личность потерпевшего). Данная проблема являлась в то время одной из наиболее обсуждаемых в рамках института необходимой обороны.

В настоящее время возможна защита против посягательства как на личность вне зависимости от степени тяжести (начиная от побоев и причинения легкого вреда здоровью и заканчивая попыткой убийства), так и на имущество (повреждение, приведение в негодность, уничтожение чужого имущества).

Для применения необходимой обороны не имеет значения, осуществляется ли посягательство умышленно или по неосторожности. В целом вопрос вины нарушителя, даже о том, имела ли место объективная небрежность, не должен рассматриваться. Это объясняется, в частности, тем, что от потерпевшего неразумно требовать оценки наличия вины посягавшего лица, учитывая, что часто в рамках самоо-

бороны эффективной может оказаться только молниеносная реакция на действия правонарушителя. В связи с этим не требуется, чтобы посягавшее лицо могло быть привлечено к уголовной ответственности за свое посягательство. Так, необходимая оборона возможна в случае защиты от посягательства лица в состоянии невменяемости или лица, не достигшего возраста, с которого наступает уголовная ответственность.

Посягательство должно продолжаться в момент необходимой обороны, т.е. оно должно уже начаться или являться непосредственной угрозой, но не закончиться.

Непосредственная угроза имеет место, если посягающее лицо готово перейти к совершению соответствующего деяния. Например, угроза посягательства может явствовать из высказываний лица о намерении немедленно причинить обороняющемуся или другому лицу вред, из демонстрации оружия или предметов, используемых в качестве оружия.

Завершено посягательство, как представляется, может быть по трем различным причинам.

Во-первых, нарушитель может добровольно отказаться от продолжения посягательства (например, лицо по ошибке взяло чужую вещь и тут же ее оставило, услышав возражения собственника). Если посягатель выразил намерение прекратить нарушение, последующие активные действия потерпевшего не будут образовывать необходимую оборону.

Во-вторых, потерпевший успешно предотвратил и (или) пресек посягательство. Например, водитель продемонстрировал пистолет другому агрессивно настроенному водителю, пытавшемуся выломать переднюю дверь автомобиля, после чего тот сел в свою машину и уехал. Или грабители убежали после предупредительного выстрела в воздух, осуществленного хозяином дома.

В ряде случаев оценка завершения посягательства может вызывать некоторые затруднения. Например, посягательство может быть только приостановлено нарушителем с целью создания наиболее благоприятной обстановки (лицо безуспешно противоправно пыталось проникнуть в машину, на время приостановило посягательство, чтобы достать из своей машины битую или пистолет).

Изъятие у посягателя оружия и переход его в руки потерпевшего также не могут автоматически объективно свидетельствовать о прекращении посягательства (п. 1.4 Обзора ВС РФ от 22 мая 2019 г.).

В-третьих, необходимая оборона не может осуществляться, если посягательство окончено, т.е. удалось. При этом для целей необходимой обороны учитывается не юридический, а фактический момент



окончания посягательства. Так, например, угон автомобиля юридически считается оконченным в момент начала движения транспортного средства. Но, например, если собственник видел момент угона и тут же начал преследовать преступника на второй машине, то отобрание автомобиля собственником в данном случае будет правомерным, даже если для этого ему, например, потребуется ударить преступника (при соблюдении пределов необходимой обороны).

Посягательство считается продолжающимся, если вор был застигнут на месте преступления и преследуется (до момента, пока он не укроет добычу, по крайней мере временно, в безопасности). Напротив, посягательство завершилось, если вор укрыл похищенное, а теперь ищет возможность скрыться самостоятельно. Если посягательство завершилось, места для самообороны уже нет. Например, если через несколько часов после кражи потерпевший встретит с похищенным пальто вора, который уже ранее укрыл его в надежном месте, отобрание этого пальто в рамках необходимой самообороны с применением силы не допускается.

Представляется, что из всех трех возможных вариантов окончания посягательства последний вариант (когда посягательство оказалось результативным) является самым сложным для квалификации. Осуществление нападения связано с достижением цели, для которой нападение предпринято. Учитывая, что одним из ключевых объектов, в отношении которых используется самозащита, являются вещи лица, этот вопрос можно перефразировать следующим образом: с какого момента посягательство, направленное на отобрание владения вещью, следует считать завершенным, а необходимую оборону недопустимой — когда уничтожена связь этого блага с имущественной сферой лица, подвергшегося нападению, или требуется еще некоторое время, необходимое нападающему, чтобы укрепить за собой власть, добиться возможности свободно распорядиться вещью? Представляется, что и уголовный закон, и доктрина склоняются ко второму критерию. В частности, в доктрине выдвигается критерий, согласно которому необходимая оборона отличается от самоуправства тем, что при последнем предполагается, что правонарушитель в течение некоторого времени спокойно обладал незаконно приобретенным благом (имел возможность распорядиться им по своему усмотрению). Однако здесь сразу следует оговориться, что для установления новых фактических отношений может оказаться достаточно нескольких минут, если правонарушитель успел создать условия, в рамках которых он осуществляет спокойное господство над вещью (например, вор забежал к себе домой и укрыл вещь в надежном укромном месте).

Наиболее сложным представляется решение этого вопроса применительно к владению недвижимостью (в частности, его можно понимать как книжное владение, и тогда фактические действия посягателей по проникновению на участок не будут являться лишением владения). Что делать, если собственник полагал, что он по-прежнему имеет исключительный, беспрепятственный доступ на свой участок, в то время как там уже незаконно находились «непрощенные гости»? Как минимум один из многих вариантов решения данного вопроса может быть изложен следующим образом. Собственник земельного участка, вернувшийся к нему и увидевший на нем третьих лиц, незаконно проникших на него, не может прогнать их в рамках необходимой обороны (поскольку эти лица уже некоторое время спокойно владели объектом и не осуществляют в текущий момент посягательства в отношении собственника / его имущества, если, конечно, не считать такое посягательство длящимся). В то же время собственник, которому удалось войти на свой земельный участок, может действовать в рамках необходимой обороны, если оппоненты иницируют незаконное посягательство в отношении него самого. Ситуация может развернуться в несколько ином ключе, если к критерию фактического владения добавить еще и намерение владеть вещью. В таком случае владение продолжается до тех пор, пока лицо не узнает о состоявшемся захвате и в течение установленного срока не примет никаких мер для выдворения захватчика (другой вопрос, в чем именно могут заключаться эти меры – в обращении в полицию или в самостоятельном применении силового воздействия). Если собственник участка будет бездействовать, то владение утрачивается. Если руководствоваться этим правилом, то попытка выгнать забравшихся в дом лиц, проживших там некоторое время (о чем собственник ранее не знал), наверное, не будет квалифицироваться как действия в рамках необходимой обороны, но по крайней мере может рассматриваться в качестве законного способа защиты своего имущества фактическими действиями (данное правовое решение в части силового воздействия на «непрощенных гостей», видимо, не поддерживается в России и представлено в качестве альтернативного варианта регулирования). По российскому праву проникновение собственника на свой земельный участок в такой ситуации будет законным, однако самостоятельное силовое воздействие на третьих лиц, скорее всего, будет расценено как самоуправство (если опять же названные лица первыми не предпримут агрессивных действий, а будут продолжать спокойно находиться на объекте). В этом случае рекомендуется обратиться в полицию и (или) в суд.

В ряде случаев состояние необходимой обороны может быть вызвано и общественно опасным посягательством, носящим длящийся или продолжаемый характер (например, незаконное лишение свободы). Право на необходимую оборону в этих случаях сохраняется до момента окончания такого посягательства.

Наконец, правопорядок также учитывает случаи, когда объективные признаки посягательства отпали, но это не было очевидно для потерпевшего. В подобном случае необходимой обороной будет также признана защита, последовавшая непосредственно за актом оконченого посягательства, если исходя из обстоятельств для обороняющегося лица не был ясен момент его окончания.

*(ii) Действия, образующие необходимую оборону*

При оценке действий потерпевшего в рамках необходимой обороны ключевое значение имеет намерение лица защищаться, а также воздержание от совершения действий, явно не соответствующих характеру и опасности посягательства.

• Намерение защитить себя от противоправного посягательства.

Как отмечает ВС РФ в Постановлении от 27 сентября 2012 г. № 19 (п. 15), действия по превышению пределов необходимой обороны следует отграничивать от преступлений, совершенных в состоянии аффекта, принимая во внимание, что для преступлений, совершенных в состоянии сильного душевного волнения, характерно причинение вреда потерпевшему не с целью защиты и, следовательно, не в состоянии необходимой обороны. Из приведенного разъяснения видно, что защитные меры предполагают наличие у потерпевшего намерения (воли) защищаться.

Если лицо, например, не знает, что оно или его имущество подверглись нападению, и причиняет другому лицу вред или если кто-то из простого желания подражать ударяет другого, они действуют вне рамок необходимой обороны.

При этом намерение защитить себя может и не являться единственным мотивом потерпевшего. Такие мотивы, как ненависть и злость, не исключают наличие намерения защитить себя до тех пор, пока действия лица можно объяснить необходимой обороной (например, лицо давно хотело отомстить любовнику своей жены, но применило силу только в рамках необходимой обороны, когда оппонент первым предпринял попытку противоправного посягательства; в подобной ситуации мотив мести не будет иметь юридического значения и не воспрепятствует квалификации действий лица как осуществленных в рамках необходимой обороны – при соблюдении ее пределов).

Намерение защитить себя требуется, поскольку потерпевший вправе распоряжаться своим имуществом каким угодно образом и может допустить или даже организовать посягательство на свое имущество. Если в этом случае он начинает обороняться и его реакция обусловлена исключительно насильственными мотивами, право на защиту будет ограничено из-за злоупотребления (например, собственник самостоятельно организовал посягательство на свой автомобиль в целях получения страховой выплаты и сам же начал атаковать лиц, действующих по его поручению).

Таким образом, применение силы частным лицом допускается только в качестве исключения и только потому, что отдельным лицам требуется немедленная фактическая защита. Если объективно такой мотив отсутствует, применение силы продолжает оставаться государственной монополией.

- Соразмерность действий.

Несмотря на недозволенное применение силы, посягатель остается носителем конституционных прав, и поэтому должен защищаться государством от несоразмерной реакции третьих лиц. Те, кто выводят себя из сферы права или ставят себя в опасное положение, не теряют автоматически свои основные конституционные права.

В связи с этим действия по обороне также должны быть необходимы в целях защиты от посягательства.

Как было отмечено выше, такая необходимость отсутствует, например, если нарушитель прекращает посягательство, узнав / получив указание о том, что его поведение является неправомерным, или если посягательство уже пресечено.

При оценке соразмерности используются несколько критериев:

- сопоставление защищаемых и затрагиваемых благ;
- соотношение сил посягающего и обороняющегося (число посягающих лиц, наличие оружия и иных предметов, использованных в качестве оружия, место и время посягательства, возраст и пол лиц и т.д.);
- наличие у потерпевшего субъективной возможности оценить сложившуюся ситуацию.

Приведенные критерии оцениваются в совокупности. Однако применительно к конкретным ситуациям тот или иной из них может сыграть ключевую роль.

Опираясь на вышеприведенные принципы, ВС РФ в Постановлении от 27 сентября 2012 г. № 19 допускает лишение жизни и причинение тяжкого вреда здоровью посягателя в двух случаях (п. 2, 11):

- 1) если посягательство создавало реальную опасность для жизни обороняющегося или другого лица;

2) если потерпевший вследствие неожиданности посягательства не мог объективно оценить степень и характер опасности нападения (например, посягательство, совершенное в ночное время с проникновением в жилище, когда обороняющееся лицо в состоянии испуга не смогло объективно оценить степень посягательства).

Достаточно тяжелым является вопрос, может ли лицо, защищая свое имущество, лишиться жизни посягателя, например, если это средство защиты осталось единственно возможным для воспрепятствования посягательству. Согласно п. 2 ст. 2 Европейской конвенции по правам человека лишение жизни допустимо только тогда, когда оно является результатом абсолютно необходимого применения силы, в частности, для защиты любого лица от противоправного насилия. Хотя лишение жизни в целях защиты имущественных благ оценивается как недопустимое, следует отметить, что термин «защита от насилия» предлагается понимать расширительно, чтобы он охватывал неустранимое лишение жизненно важных благ (например, нарушитель изымает у жертвы жизненно важные медикаменты, или пытается поджечь дом, в котором жертва проживает, или крадет у слепого собаку-поводыря). В некоторых ситуациях даже кража денег и ценных вещей может в качестве исключения рассматриваться как насилие против личности, если их утрата будет иметь для собственника крайне существенное значение и полностью подорвет его нормальное существование. Следует отметить, что в российской судебной практике допустимость лишения жизни в подобных случаях оценивается в зависимости от указанных выше критериев, заданных ВС РФ в Постановлении от 27 сентября 2012 г. № 19.

Помимо двух случаев, приведенных ВС РФ, в остальных ситуациях действия лица оцениваются с точки зрения соразмерности. При этом превышение пределов необходимой обороны не может быть установлено, если причиненный вред хотя и оказался большим, чем вред предотвращенный, но при причинении вреда не было допущено явного несоответствия мер защиты характеру и опасности посягательства.

Границы допустимой обороны должны быть предельно очерчены, когда или возможные убытки, или вина посягателя незначительны и причиненные посягателем убытки меньше любой разумной меры защиты. Так, лицо не может защищаться в рамках необходимой обороны, если посягательство в силу малозначительности не представляет общественной опасности. Например, владелец сада, передвигающийся в инвалидной коляске, не вправе применить огнестрельное оружие против детей, опустошивших его фруктовое дерево, даже если он стреляет только по ногам и никаким иным образом не мог воспре-

пятствовать их действиям. Поскольку последствия огнестрельных ранений несопоставимы с возможными убытками владельца сада, видимо, аналогичное решение должно иметь место, если посягательство осуществляют совершеннолетние лица, если только у потерпевшего не могло возникнуть разумных опасений, что посягательство продолжится нападением на его дом и (или) личность.

Исключая подобные очевидные случаи несоразмерного применения силы, при посягательстве на имущество лица допускается возможность нанесения посягателю телесных повреждений (умышленного причинения вреда средней тяжести или легкого вреда здоровью либо нанесения побоев).

Действия должны представлять собой относительно мягкое средство отпора (п. 1.5 Обзора ВС РФ от 22 мая 2019 г.). Невооруженный вор, пойманный днем, из действий которого неочевидно, что он осуществлял какие-либо приготовления к насильственным действиям, не может быть избит или хладнокровно застрелен. Если огнестрельное оружие все же необходимо, существует определенная последовательность: угроза, предупредительный выстрел, выстрел в экстремальном случае (п. 1.1 Обзора ВС РФ от 22 мая 2019 г.). В то же время потерпевший не должен выбирать наименее опасное средство защиты, если неясно, подействует оно или нет.

С точки зрения возможных средств защиты, к которым вправе прибегать потерпевший, указывается на необходимость использования средств, не запрещенных законом. Так, ВС РФ в п. 17 Постановления от 27 сентября 2012 г. № 19 отметил, что правила о необходимой обороне распространяются на случаи применения не запрещенных законом автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений. Существенно лишь, чтобы при этом не был достигнут явно несоразмерный результат. Однако, если потерпевший отобрал у посягателя пистолет, который использовался последним незаконно, его применение при необходимости также возможно оценить в рамках необходимой обороны.

В судебной практике и в литературе встречается позиция, согласно которой применение огнестрельного оружия даже в рамках необходимой самообороны все равно возлагает на лицо обязательство по возмещению вреда, поскольку в подобных случаях применяется специальная норма – ст. 1079 ГК РФ (об ответственности за вред, причиненный объектом повышенной опасности). Такой подход представляется неверным, во-первых, потому, что обсуждаться в рамках необходимой обороны должна противоправность, а не вина, что имеет место в судебных актах (если не отождествлять данные категории). Так, действия

в рамках необходимой обороны правомерны (однако стоит признать, что правомерность поведения — далеко не бесспорный аргумент против ответственности за вред, причиненный объектом повышенной опасности). Во-вторых, и это главное, представляется, что ст. 1066 ГК РФ должна иметь более специальный характер и исключать обязанность возмещения вреда в любых случаях, когда пределы необходимой обороны не были превышены.

Представляется, что от потерпевшего по общему правилу можно ожидать только усредненной оценки ситуации, поскольку он должен принять решение по большей части спонтанно и под сильным напряжением. Фактор неожиданности, а также объективного волнения потерпевшего должны учитываться при применении теста на соразмерность, но не исключают в полной мере необходимость оценивать осуществляемые действия (п. 2.2 Обзора ВС РФ от 22 мая 2019 г.).

Действия по обороне также должны быть направлены на защиту от посягательства. Так, например, повреждение припаркованной машины вора, который убегает в другую сторону и явно не планирует ею воспользоваться при побеге, не приведет к воспрепятствованию краже. Для этого потребуются преследование вора или установление его личности при помощи номера машины.

ВС РФ в Постановлении от 27 сентября 2012 г. № 19 (п. 1) специально указывает, что необходимая оборона допускается вне зависимости от:

- профессиональной или иной специальной подготовки и служебного положения;
- того, причинен ли лицом вред при защите своих прав или прав других лиц, охраняемых законом интересов общества или государства;
- возможности избежать общественно опасного посягательства или обратиться за помощью к другим лицами или органам власти.

Применение самообороны допускается не только для потерпевшего, но и для каждого третьего, который приходит на помощь потерпевшему. Эта ситуация имеет место, если защищаются не свои, а чужие блага (например, если кто-либо ранит грабителя, напавшего на прохожего). Объект защиты также может принадлежать юридическим лицам. В пользу государства необходимая оборона мыслима, например, при воспрепятствовании шпионской деятельности или нападению на правительственные здания. Напротив, административное правонарушение против публичного порядка, как, например, запрещенная экспозиция произведений, развращающих малолетних, не представляет собой посягательство против государства как

субъекта права и обладателя защищаемых благ. С учетом того, что помощь потерпевшему имеет аксессуарный характер, спорным является вопрос о том, допускается ли защита потерпевшего в рамках необходимой обороны вопреки воле потерпевшего. Определенные ориентиры в данном вопросе задает п. 2 ст. 983 ГК РФ, согласно которому действия с целью предотвратить опасность для жизни лица, оказавшегося в опасности, допускаются и против воли этого лица. Означает ли приведенная норма, что при наличии опасности для имущества действия третьего лица вопреки воле собственника не могут быть квалифицированы в качестве необходимой обороны? Такой вывод представляется слишком решительным как минимум с учетом того, что в ряде случаев посягательство на имущество может содержать потенциальную угрозу и для личности.

*(б) Правовые последствия необходимой обороны*

Действия, осуществленные в рамках необходимой обороны по отношению к агрессору, правомерны. Как следствие, у посягателя отсутствует требование о возмещении убытков, причиненных в результате необходимой обороны. Например, если водитель использовал свою машину как оружие против уличного разбойника, вооруженного огнестрельным оружием, ответственность за причинение вреда здоровью исключается, несмотря на то что вред, причиненный объектом повышенной опасности, наступает во всех случаях, кроме непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

Причинение вреда в рамках необходимой обороны может, однако, быть правомерным только по отношению к посягателю и используемым им орудиям посягательства. Если при этом затрагиваются имущественные блага третьего лица, не связанные с посягательством, по отношению к ним действия потерпевшего уже не охватываются необходимой обороной. Составляют ли они правонарушение или, например, являются действиями, совершенными в рамках крайней необходимости, — отдельный вопрос. Например, жертва разбойников разбивает витрину магазина, чтобы сработала сигнализация, что может рассматриваться как правомерное поведение в рамках крайней необходимости.

*(в) Правовые последствия превышения пределов необходимой обороны*

Превышение пределов необходимой самообороны предполагает два возможных последствия.

Во-первых, у первоначального посягателя возникает право действовать в режиме необходимой обороны.

Во-вторых, у лица, вышедшего за пределы самообороны, возникает обязанность возместить убытки.



При этом, как было отмечено выше, масштаб защиты, его необходимость и соразмерность всякий раз определяются не только по объективным фактическим обстоятельствам, но и по тому, имелась ли у потерпевшего объективная возможность правильно оценить обстановку.

Если потерпевший или его помощник превысили границы обороны, считая, например, уже закончившееся посягательство еще продолжающимся, или применили чрезмерные средства защиты, не требуемые в такой ситуации, их действия рассматриваются как противоправные, так что и против них допускается необходимая оборона со стороны посягателя. Кроме того, причиненный вред в такой ситуации возмещается на общих основаниях. В подобном случае, конечно, учитывается, что, как правило, в произошедшем инциденте виновато не только и не столько лицо, вышедшее за пределы необходимой обороны, сколько первоначальный посягатель. В связи с этим ВС РФ указывает, что размер возмещения определяется судом в зависимости от степени вины как причинителя вреда, так и потерпевшего, действиями которого было вызвано причинение вреда (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1).

Представляется, что предъявить иск о взыскании убытков в связи с превышением пределов необходимой обороны возможно не только к физическому лицу, но и к организации, например, если лицо действовало при исполнении своих должностных обязанностей (в частности, сторож охранял продуктовый магазин и, выстрелив, причинил тяжкий вред здоровью убежавшему вору (ст. 1068 ГК РФ)).

Противоправно также ведет себя лицо, которое защищается, ошибочно полагая, что условия для необходимой обороны имеют место (выстрел в якобы взломщика, оказавшегося полицейским, при наличии возможности идентифицировать сотрудника полиции по внешним признакам). Такая ошибочная защита сама по себе образует противоправное посягательство, против которой допускается оборона.

### **5.2. Крайняя необходимость**

*(а) Соотношение норм гражданского, уголовного и административного законодательства*

Воздействие на чужое имущество или чужую личность может иметь место также в рамках крайней необходимости. ГК РФ предусматривает, что это состояние имеет место при наличии опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами (ст. 1067 ГК РФ).

Самостоятельные определения категории «крайняя необходимость» представлены также в КоАП РФ (ст. 2.7) и УК РФ (ст. 39).

При сопоставлении норм ГК РФ, с одной стороны, и норм УК РФ и КоАП РФ – с другой, представляется, что редакция, содержащаяся в ГК РФ, имеет две особенности.

Во-первых, гражданское законодательство предусматривает, что крайняя необходимость имеет место лишь при наличии опасности, угрожающей лицу или другим лицам. Об имущественных интересах ГК РФ умалчивает, в то время как и УК РФ, и КоАП РФ допускают причинение вреда другому лицу в рамках крайней необходимости при опасности утраты и (или) повреждения имущества. Редакционные различия в данном случае не могут повлиять на существо института, и крайняя необходимость охватывает и случаи опасности для имущества (такой подход подтверждается практикой нижестоящих судов).

Во-вторых, ГК РФ содержит только два критерия, определяющих крайнюю необходимость: а) наличие опасности, б) которую нельзя было устранить иными средствами.

В то же время и УК РФ, и КоАП РФ вводят третий критерий: вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, должен быть менее значителен, чем вред предотвращенный. Представляется, что отсутствие в ст. 1067 ГК РФ этого правила не означает его неприменимость к гражданским правоотношениям, поскольку действия в рамках крайней необходимости регулируются в том числе общей нормой – ст. 14 ГК РФ, содержащей аналогичное требование.

Принципиальное отличие крайней необходимости по ГК РФ от аналогичных институтов по УК РФ и КоАП РФ заключается в том, что установление того факта, что лицо действовало в рамках крайней необходимости, освобождает его от уголовной и (или) административной ответственности. Напротив, в силу ст. 1067 ГК РФ вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, хотя и причинен правомерными действиями, но по общему правилу подлежит возмещению.

*(б) Условия правомерности причинения вреда при крайней необходимости*

Действия лица, причиняющего вред, могут быть признаны совершенными в состоянии крайней необходимости и, как следствие, правомерными при соблюдении следующих условий:

- такие действия осуществлены в целях устранения опасности;
- опасность не могла быть устранена иными средствами;
- причиненный вред является менее значительным, чем вред предотвращенный (последнее условие прямо в ст. 1067 ГК РФ не указано, однако оно поддерживается в практике, доктрине и может быть выведено из ст. 14 ГК РФ).

Как было отмечено выше, объектом, которому угрожает опасность, в данном случае могут быть как жизнь и здоровье, так и имущество.

В части устранения опасности нужно отметить, что сюда входят две группы случаев.

Во-первых, опасность может быть вызвана противоправным посягательством (как и в случае необходимой обороны). В подобной ситуации действия защищающегося лица против посягателя будут осуществляться в рамках необходимой обороны, а воздействие на имущество третьих лиц с целью уклонения / отражения / избежания посягательства будет квалифицировано как действие в рамках крайней необходимости.

Во-вторых, опасность может быть вызвана и не противоправным посягательством, а иными факторами: силами природы, неудачным стечением обстоятельств, безвыходной ситуацией, грозящей смертельной опасностью для лица и (или) его близких, и т.д. В таком случае как действия защищающегося, направленные против объектов, создающих опасность, так и воздействие на имущество третьих лиц с целью уклонения / отражения / избежания посягательства, будут квалифицированы как действия в рамках крайней необходимости. Места для необходимой обороны в подобной ситуации не будет.

Спорным представляется вопрос, что именно имеет место (необходимая оборона или крайняя необходимость), если опасность создана невменяемым или животным.

Причинение вреда невменяемому лицу при осуществлении таким лицом посягательства представляет собой, с точки зрения ВС РФ, необходимую оборону (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 27 сентября 2012 г. № 19). Такой подход заслуживает поддержки, потому что в подобных случаях важна объективная общественная опасность, а не субъективная. О невменяемости нападающего обороняющемуся может быть ничего неизвестно. Как следствие, он имеет полное основание считать себя поставленным в состояние необходимой обороны, пределы которой несколько шире пределов крайней необходимости.

Возникает вопрос: каким образом квалифицировать действия лица, направленные против атаки животного? Имеет ли значение, нападет ли, например, собака по приказу хозяина, или, наоборот, она не слушается хозяина, или вообще лицо атакует бездомный пес? Высшая инстанция не дает разъяснений по данному вопросу. При этом очевидно, что если животное используется как средство нападения, то налицо все условия необходимой обороны. В таком случае животное ничем не отличается от ножа, пистолета или другого орудия, используемого преступником. В отношении иных случаев, в которых имеет место атака животного, в судебной практике отсутствует еди-

нообразии: подобные действия относят или к необходимой обороне, или к крайней необходимости. Следует признать, что различий в зависимости от той или иной квалификации практически не будет. Убийство атакующей собаки даже при крайней необходимости, как представляется, должно относиться к случаям, когда вред возмещению не подлежит (ст. 1067 ГК РФ предусматривает право суда освободить защищавшееся лицо от обязанности возместить вред — это один из таких случаев; в немецком правопорядке используется аналогичный подход). Единственная разница в подобных случаях заключается в том, что при крайней необходимости уничтожение объектов, в том числе и создающих опасность, возможно, когда угроза не может быть устранена иными способами. В случае необходимой обороны, напротив, обороняющийся не должен задумываться о том, может ли он уклониться от посягательства, например, сбежав. В ситуации, когда опасность создает не субъект, а животное или неодушевленная вещь, только обороняющийся обладает возможностью уклониться от конфликта. Однако уместно ли в случае, когда на лицо нападает собака, требовать от него достаточно оперативно оценить обстановку и, например, залезть на дерево или скрыться в подъезде дома? Если ответить на этот вопрос отрицательно, то различий в квалификации вообще не будет.

Третьим условием крайней необходимости является то, что причиняемый вред менее значителен, чем вред предотвращаемый. Принципиально важно различать две ситуации. Во-первых, когда вред причиняется вещи, которая создает опасность (например, автомобиль, катящийся с горки без водителя). Во-вторых, когда вред причиняется вещи, которая никаким образом не связана с возникшей опасностью, но так или иначе может способствовать спасению защищаемого лица / его имущества (витрина магазина разбивается, чтобы сработала сигнализация и потерпевший смог спастись от разбойников).

В первом случае речь идет о повреждении или уничтожении вещи, направленном на воспрепятствование возникшей опасности. Например, лицо разбивает стекло в движущейся под наклоном и без водителя машине, чтобы поставить ее на ручник. Во второй ситуации имеет место воздействие на объект, которое необязательно подразумевает его повреждение или уничтожение, а может выражаться, например, в завладении и использовании. Например, лицо забежало в чужой дом, прячась от грабителей, или воспользовалось чужим автомобилем, чтобы довезти раненого до больницы. В подобной ситуации вред имуществу может и не быть причинен (раненый довезен до больницы без каких-либо эксцессов).

Приведенное разделение объектов, которым причинен вред, как представляется, должно также напрямую влиять на критерий соразмерности причиненного вреда. Так, если вред причиняется объекту, создающему опасность, важно лишь, чтобы защищаемый объект не находился в существенной диспропорции с объектом, которому причиняется вред (как и в случае необходимой обороны). Однако, если вред причиняется вещи, которая не имеет отношения к возникшей опасности, здесь уже требуется, чтобы причиняемый вред был явно менее значителен, чем вред предотвращаемый.

*(в) Последствия причинения вреда в рамках крайней необходимости*

В части вопроса о возмещении вреда, причиненного при крайней необходимости, ГК РФ предусматривает три возможных варианта:

1) вред подлежит возмещению причинителем, что является общим правилом;

2) вред возмещается третьим лицом, в интересах которого действовал причинивший вред;

3) лицо, причинившее вред, или третье лицо, в интересах которого вред причинен, освобождается от возмещения вреда полностью или частично.

Также, если при рассмотрении дела будет установлено, что причинитель вреда действовал в состоянии крайней необходимости в целях устранения опасности не только в своих интересах, но и в интересах третьего лица, суд может возложить обязанность возмещения вреда на них обоих по принципу долевой ответственности с учетом обстоятельств, при которых был причинен вред (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1).

Обязанность по возмещению вреда, причиненного в состоянии крайней необходимости, может быть возложена не только на физическое, но и на юридическое лицо.

В каких же случаях вред не подлежит возмещению? Для ответа на этот вопрос целесообразно вновь вернуться к разграничению объектов, которым причиняется вред. Если вред причиняется объекту, создающему опасность, то возмещать вред не нужно при условии, что опасность возникла не по вине защищавшегося, если отсутствовали иные способы ее устранения и не была допущена явная несоразмерность. Если же вред причиняется объекту, не связанному с опасностью, то в подобном случае вред должен быть возмещен.

Причины такого толкования заключаются в следующем. Основой института крайней необходимости выступает концепция преобладания более значимого интереса над менее значимым. От собственника вещи, которой причиняется вред лицом, уклоняющимся от опасности,

требуется претерпевание причиняемого вреда для цели сохранения гораздо более значимых благ. Именно поэтому такой собственник не оказывается в состоянии необходимой обороны, когда ему причиняется ущерб или на его имущество оказывается воздействие. Однако, допуская подобные неудобства для частных лиц, государство должно обеспечить компенсацию понесенных ими потерь. В связи с этим причиненный ущерб должен быть возмещен, несмотря на то что действия в состоянии крайней необходимости являются правомерными. Если же речь идет об объекте, создающем опасность, то возмещение собственнику вреда, причиненного такому объекту, не требуется, если только опасность не возникла по вине лица, действовавшего в состоянии крайней необходимости.

Вторая ситуация, когда вред не должен возмещаться, имеет место при спасении благ, принадлежащих третьему лицу, за счет причинения вреда имуществу этого третьего лица. Например, увидев взбесившуюся собаку соседа, убивающую овец соседа, лицо пристрелило эту собаку, предотвратив порчу значительно более ценного имущества (части стада). В подобных случаях третье лицо, в интересах которого собака была убита, не вправе требовать возмещения стоимости погибшего животного. Представляется, что похожей логикой руководствуются суды в делах о взыскании убытков, причиненных окружающей среде, в тех случаях, когда организации-ответчики причиняли вред природным объектам ради выполнения общественно значимых задач. Например, лицо было признано действовавшим в состоянии крайней необходимости и освобождено от ответственности за действия по разработке и добыче речного грунта, который был использован для укрепления берега и предотвращения негативных последствий от произошедшего наводнения.

Возмещение вреда также может быть возложено на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред. Подобные случаи весьма похожи на действия лица в чужих интересах без поручения. Так, в п. 1 ст. 980 ГК РФ указывается, что действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных непротивоправных интересах (действия в чужом интересе) должны совершаться исходя из очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью. Как видно, для переложения обязанности по возмещению вреда на третье лицо необходимо, чтобы причиненный вред был явно менее значимым, чем вред предотвращенный.

В остальных случаях применяется общее правило, т.е. вред возмещается самим причинителем вреда.

Если же условия крайней необходимости или хотя бы одно из них отсутствуют, то вред должен возмещаться на общих основаниях деликтной ответственности.

### ***5.3. Отличие крайней необходимости от необходимой обороны***

В обоих институтах ключевыми являются два элемента: нападение и защита.

Рассмотрим сначала различия между данными институтами с точки зрения критерия нападения. Если совершается противоправное посягательство (которое может иметь место только при действиях лица), то речь идет о необходимой обороне. Если же опасность исходит от вещей или природных явлений, то тогда имеет место крайняя необходимость. Такое разграничение теоретически вполне оправданно, однако не обеспечивает полного разделения крайней необходимости и необходимой обороны (в частности, в случае, если имеет место противоправное посягательство, но для его преодоления обороняющийся прибегает к уничтожению имущества третьего лица и (или) воздействию на его имущество (например, при разбойном нападении потерпевший пытается скрыться на чужом автомобиле, а возможно, и разбивает его, или, пытаясь отбиться от хулиганов, лицо воспользовалось предметами, продававшимися в магазине, и сломало их)).

Крайняя необходимость, конечно, не требует, чтобы опасность исходила из противоправного поведения, но и не исключает этого. В части этого критерия, как представляется, все случаи необходимой обороны могут одновременно создавать условия и для крайней необходимости. В то же время, когда опасность исходит не из противоправного деяния, необходимой обороны не будет, а условия для крайней необходимости есть.

В целях дальнейшего разграничения этих институтов необходимо обратиться ко второму элементу — защите. Необходимая оборона направлена всегда против посягателя. При крайней необходимости лицо воздействует или на имущество третьего лица, или на объект, который создает опасность. Возможен также подход, согласно которому необходимая оборона будет иметь место и против объекта посягательства (движущийся под наклоном автомобиль без водителя, атака животного не по приказу хозяина / бездомного животного). В подобном случае при крайней необходимости воздействие осуществляется только на имущество, не создающее опасности для лица.

Таким образом, само посягательство позволяет частично разграничить необходимую оборону и крайнюю необходимость. В отсутствие

противоправного посягательства действия лица точно не могут быть отнесены к необходимой обороне. Однако если имеет место противоправное поведение лица, то могут быть созданы предпосылки для применения обоих институтов. Далее разграничение переходит уже на стадию защиты, и критерием здесь будет объект, на который воздействует потерпевший. Если потерпевший воздействует на посягателя и (или) его имущество, используемое при атаке, то это необходимая оборона (собака, которой дали команду «фас»; автомобиль, находящийся под управлением лица; пистолет или нож, который отбирается у посягателя и выбрасывается в реку). Если воздействию подвергается имущество третьего лица, и (или) объект, который самостоятельно создает опасность и не является при этом орудием лица (транспортное средство, движущееся без водителя), и (или) имущество посягателя, которое при атаке не используется, но существует вероятность того, что благодаря этому потерпевший избежит опасности, имеет место крайняя необходимость.

Еще раз подчеркнем, что в литературе и практике встречаются случаи, когда опасность, создаваемую объектами, квалифицируют в качестве случаев необходимой обороны (атака собаки вопреки воле хозяина). В таком случае разграничение в части защиты будет несколько другим – действия против объекта / субъекта, осуществляющего посягательство (необходимая оборона), и действия против других лиц, направленные на то, чтобы избежать посягательства (крайняя необходимость).

#### ***5.4. Иное воздействие на чужую личность и имущество. Самопомощь***

Исходя из п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, помимо допустимого воздействия на имущество правонарушителя в рамках необходимой обороны или крайней необходимости, какой-либо иной формы самозащиты, предполагающей взаимодействие с имуществом правонарушителя, не предусмотрено. Имеет ли место в действительности такое жесткое ограничение, или все же возможно наблюдать определенные исключения из этого правила?

В доктрине и необходимую оборону, и крайнюю необходимость нередко рассматривают как защитные действия. В противоположность им выделяются также активные действия, предполагающие захват имущества правонарушителя и (или) его самого. Последние допускаются в настоящее время, например, в Германии (§ 229 ГГУ). В России предпринималась попытка ввести аналогичное регулирование при разработке Гражданского уложения Российской империи. Его проект предусматривал, что лицу, которому грозит опасность лишиться возможности осуществить принадлежащее ему право и ко-



торое притом не имеет возможности получить своевременно помощь от местной власти, допускается задержание вещей обязанного лица для понуждения его к исполнению обязательства, а равно и задержание самого обязанного лица, насколько это необходимо для установления его самоличности. При совершении подобных действий лицо должно было немедленно заявить о состоявшемся задержании местному суду с одновременным предъявлением иска и просьбой о наложении ареста. В случае задержания лица требовалось немедленное заявление ближайшему органу полиции.

В правовом порядке, закрепляющем подобное регулирование (например, в Германии), арендодатель вправе захватить вещи арендатора, просрочившего внесение арендной платы, а также допустимо задержание причинителя вреда с целью его последующей идентификации.

В России нечто подобное допускается в рамках уголовного законодательства. Так, в силу ст. 38 УК РФ допускается задержание лица любым лицом, которому достоверно известно, что задерживаемый совершил преступление. Указанные действия не будут составлять преступления, однако если частное лицо причинит ущерб задерживаемому, то вред должен быть возмещен по общим правилам о деликте.

В вопросе о возможности захвата вещей просрочившего должника однозначно дается отрицательный ответ. То обстоятельство, что подобные действия (самовольный захват вещей должника) недопустимы по российскому праву, отчетливо видно благодаря наличию в ГК РФ института удержания. Так, согласно п. 14 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 право на удержание вещи должника возникает у кредитора лишь в том случае, когда спорная вещь оказалась в его владении на законном основании. Возможность удержания не может быть следствием захвата вещи должника помимо его воли. В связи с этим при осуществлении подобного захвата последствиями будут не только изъятие вещи у кредитора в пользу должника, но и, вероятно, квалификация подобных действий в качестве открытого или тайного хищения чужого имущества. Запрет в отношении подобного поведения арендодателя / наймодателя и недопустимость захвата имущества должника также нашли определенную поддержку (правда, в аспекте личных прав, а не имущественных) в Определении ВС РФ от 11 июня 2019 г. № 25-КГ19-3, в рамках которого Суд взыскал в пользу нанимателя моральный вред, связанный с действиями собственника помещения по самовольному захвату ноутбука, принадлежащего нанимателю.

Несколько по-иному представляется ситуация, когда лицо своими активными действиями самовольно обеспечивает себе тот результат,

на который оно вправе рассчитывать, который был бы достигнут, если бы лицо обратилось с иском в суд, а впоследствии — к принудительному исполнению решения суда.

Как правило, подобные действия рассматриваются в качестве самоуправства, которое является административным правонарушением (ст. 19.1 КоАП РФ), а при причинении существенного вреда квалифицируется как преступление (ст. 330 УК РФ). В обоих кодексах самоуправство описывается как самовольное, вопреки установленному федеральным законом или иным нормативным правовым актом порядку осуществление своего действительного или предполагаемого права.

Какие же случаи подпадут под самоуправство?

Пленум ВС РФ дважды обращал внимание судов нижестоящих инстанций на отличие состава самоуправства от хищения чужого имущества. Так, в Постановлении Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 48 указывается, что от хищения следует отличать случаи, когда лицо, изымая и (или) обращая в свою пользу или пользу других лиц чужое имущество, действовало в целях осуществления своего действительного или предполагаемого права в отношении этого имущества. Аналогичный подход был закреплен ранее в п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 27 декабря 2002 г. № 29. В рамках самоуправства будут оцениваться ситуации, в которых кредитор самовольно реализовал свое обязательственное право, воздействовав на имущество, принадлежащее его должнику. Например, самоуправством будет отобрание у продавца реализуемой вещи, которая уже была оплачена покупателем.

Не вызывает сомнений, что при отобрании у продавца реализуемой вещи имеет место административное правонарушение, а в некоторых случаях, возможно, даже и преступление. Виновное лицо также должно будет возместить пострадавшему должнику ущерб, причиненный при отобрании у него вещи. Однако всегда ли должник сможет вернуть себе вещь, отобранную у него кредитором в рамках обязательственного отношения?

Если бы в России предусматривалась посессорная защита, в рамках которой ответчик был бы лишен возможности ссылаться на наличие у него права, то суд, вероятно, возвратил бы вещь продавцу. Возможно, такое положение дел было бы крайне непродолжительным, поскольку покупатель мог бы заявить иск об исполнении обязательства в натуре, и в конечном счете вещь оказалась бы у него.

Второй вариант, при котором вещь также была бы возвращена продавцу, предполагает наличие в правопорядке правила о том, что лицо, прибегнувшее к самоуправству, лишается своего законного права. Такие примеры встречались в римском праве. Видимо, похожая

идея закреплена в п. 4 ст. 167 ГК РФ, согласно которому суд вправе не применять последствия недействительности сделки, если их применение будет противоречить основам правопорядка или нравственности. Однако из российской практики видно, что суды не поддерживают такой подход. Если даже самоуправство имело место, то суды все равно оценивают, у кого должна была оказаться эта вещь по праву (по условиям договора). Убедившись, что истец не имеет прав на вещь (например, бывший арендатор, незаконно удерживавший владение) и (или) ответчик может противопоставить ему свое право, достаточное для признания его результативным возражением (покупатель, оплативший вещь), в удовлетворении иска о возврате имущества будет отказано. Следует также отметить, что ни ст. 19.1 КоАП РФ, ни ст. 330 УК РФ не предусматривают конфискацию в виде санкции, а принадлежность имущества в рамках уголовного дела все равно будет разрешаться по гражданско-правовым правилам.

Таким образом, самоуправство не рассматривается в качестве обстоятельства, которое могло бы пошатнуть право на судебную защиту, принадлежащее кредитуру, допустившему самовольный захват вещи. Если догматически описать подход, поддерживаемый российской практикой, то получается, что ввиду изменившихся фактических обстоятельств (перехода владения вещью) право покупателя на иск об исполнении в натуре трансформируется в эффективное процессуальное возражение, не позволяющее лицу, утратившему владение, вернуть себе вещь. Отобрав вещь у собственника, покупатель лишает его тем самым возможности произвести отчуждение вещи и передать ее другому лицу, т.е. препятствует собственнику своими собственными действиями прекратить право покупателя требовать исполнения обязательства в натуре (ст. 398 ГК РФ). Однако не стоит забывать, что покупатель тем не менее несет крайне значительные неблагоприятные последствия от своих незаконных действий, поскольку возникает угроза привлечения его к уголовной / административной ответственности. Кроме того, большой вопрос, стал ли покупатель, отобрав вещь, собственником имущества. Ведь передача вещи, необходимая для перехода права собственности по ст. 223 ГК РФ, не произошла в данном случае. Имел место захват вещи, т.е. по сути покупатель незаконно завладел объектом. С учетом того, что лицо не вправе произвольно поменять основание владения, при последующей перепродаже вещи у захватчика могут возникнуть серьезные затруднения ввиду непривлекательности такого актива для потенциальных приобретателей.

В России большое внимание уделяется также попыткам частных лиц самостоятельно побудить должников к исполнению просроченных

денежных обязательств. В 2016 г. вступил в силу Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях», предусматривающий порядок и границы допустимого взаимодействия с должником. При этом в практике нередки случаи, когда попытки побудить должников к погашению долга не ограничиваются самоуправством, а образуют более тяжкие составы преступлений вплоть до убийства (Апелляционное определение ВС РФ от 12 июля 2016 г. № 81-АПУ16-19).

Также следует отметить, что самоуправство будет как в случае, если лицо, не обращаясь в суд, попыталось само защитить свои права, так и в случае, если оно выиграло судебное разбирательство, но дальше посчитало более эффективным предпринять действия, направленные на фактическое исполнение судебного решения самостоятельно, не прибегая к помощи пристава-исполнителя.

Несколько иначе регулируются случаи, когда лицо, воздействуя на чужое имущество, защищает вещи, принадлежащие ему на праве собственности или находящиеся в его законном владении.

Например, обанкротившийся подрядчик не забирает вещи с земельного участка заказчика или бывший арендатор съехал, не забрав свое движимое имущество — не разобрал торговый павильон или сборно-разборное сооружение или не сняв рекламную конструкцию. Или, например, лицо передвинуло забор на земельный участок соседа.

В подобных случаях собственнику земельного участка / помещения надлежит обратиться с негативным иском или с иском об освобождении объекта недвижимости (при наличии договорных отношений с ответчиком). Однако это может занять довольно продолжительное время и препятствует скорейшему использованию объекта. В данном случае также имеет значение вопрос о том, возможно ли переместить спорный объект без несоразмерного ущерба его назначению. Если этого сделать нельзя, то применяется ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, согласно которой никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Некоторую конкретизацию это положение находит в п. 3.1 ст. 222 ГК РФ, согласно которому решение о сносе самовольной постройки либо решение о сносе самовольной постройки или ее приведении в соответствие с установленными требованиями принимается судом либо в установленных законом случаях органом местного самоуправления поселения, городского округа (муниципального района при условии нахождения самовольной постройки на межселенной территории),

т.е. публичной властью. Следует признать, что невозможность уничтожения чужого имущества в отсутствие (по общему правилу) решения суда должна распространяться как на недвижимые, так и на движимые объекты (если нет оснований для квалификации ситуации по правилам о крайней необходимости или необходимой обороне). Таким образом, частное лицо по общему правилу не вправе самовольно уничтожить расположенный на его земельном участке объект, принадлежащий другому лицу. Например, нельзя самовольно снести сборно-разборное сооружение или торговый павильон, покинутый арендатором. Исключениями являются случаи, когда объект создает опасность для лиц или вещей: вероятно, в такой ситуации в зависимости от условий будут применяться правила о крайней необходимости или необходимой обороне.

Однако если объект можно передвинуть без повреждений, то определенное воздействие на имущество, принадлежащее другому лицу, не возбраняется. Так, в ВС РФ было рассмотрено несколько дел, в которых оценивались законность постановлений органов местного самоуправления, определяющих порядок использования принадлежащих им на праве собственности объектов недвижимости. В частности, заявители оспаривали положения, предоставляющие муниципалитету возможность демонтажа и перемещения на специальную площадку размещенных на земельном участке, не предоставленном в установленном порядке для этих целей, объектов, не относящихся к объектам капитального строительства, т.е. движимого имущества, которое можно сохранить при перемещении и хранении в целости либо конструкции которых могут быть смонтированы вновь без несоразмерного ущерба их назначению.

Отказывая в признании незаконными нормативных правовых актов в этой части, ВС РФ указал, что подобные действия представляют собой самозащиту нарушенного права собственности на земельные участки, находящиеся в собственности субъекта РФ или муниципального образования, регулируют вопросы освобождения данных участков от незаконно размещенных объектов, не являющихся объектами капитального строительства, не предполагают принудительное лишение собственника имущества; предписывают компетентному органу обращаться в суд с иском об освобождении земельного участка от незаконно (самовольно) размещенных объектов капитального строительства, а также иных объектов, зарегистрированных в органах регистрации как объекты недвижимого имущества (апелляционные определения СКАД ВС РФ от 9 декабря 2015 г. № 117-АПГ15-5 и от 7 июня 2017 г. № 11-АПГ17-9).

Из приведенных судебных актов ВС РФ видно, что воздействие на чужое имущество без обращения в суд может осуществляться только в форме его перемещения без причинения какого-либо значительного и неустраняемого вреда, что возможно только по отношению к движимым вещам.

Возникает вопрос: имеет ли значение для возможности перемещения чужих объектов тот факт, каким образом они изначально оказались на земельном участке потерпевшего лица? Изменится ли регулирование в зависимости от того, оказался ли движимый объект на земельном участке незаконно или все же он был завезен на законном основании (например, арендатор разместил свои вещи в арендуемых помещениях или подрядчик мобилизовал на объект технику, необходимую для строительства и не забрал ее в дальнейшем)?

В данном случае сталкиваются два противоречащих друг другу интереса. Интерес собственника земельного участка, заключающийся в наиболее эффективном использовании принадлежащих ему вещей и побуждающий его переместить движимые объекты, принадлежащие другому лицу, которому противостоит интерес собственника движимых вещей, заключающийся в нежелании возмещать оппоненту расходы на перевозку, хранение, а также нести собственные дополнительные расходы по транспортировке своих объектов с места хранения.

Определенные рассуждения по этому вопросу содержатся в Постановлении Президиума ВАС РФ от 16 ноября 2010 г. № 8263/10, в котором определяются соотношение прав собственника рекламной конструкции и собственника объекта, к которой такая конструкция присоединяется. При этом указывается, что в случае наличия договорной связи последний вправе включить в такой договор условия об основаниях его прекращения и возможности демонтажа чужой рекламы без обращения в суд. Если же имела место установка рекламной конструкции путем самовольного присоединения к чужой собственности, защиту должен получить не тот, кто нарушил, а тот, кто претерпел от нарушения, т.е. собственник объекта недвижимости, который вправе посредством самозащиты права устранить нарушение без обращения в суд. Иной подход ставил бы лицо, совершившее противоправные действия в виде самовольной установки рекламной конструкции, в преимущественное положение по сравнению с законопослушными лицами (арендаторами, чьи рекламные конструкции могут быть демонтированы в силу договора).

Президиум ВАС РФ также указал, что демонтаж самовольно установленной рекламной конструкции (движимой вещи) не противоречит

положениям ст. 35 Конституции РФ, поскольку собственник рекламной конструкции лишается не своего имущества в виде рекламной конструкции, а места, на котором такая конструкция была самовольно установлена.

Исходя из изложенного, перемещение движимых объектов возможно, если это не приведет к их уничтожению или существенному повреждению, когда они оказались на земельном участке / в помещении в отсутствие законных оснований. Если же первоначально такие вещи были завезены законно (например, в силу договора аренды), то их демонтаж и перевозка допускаются в случае специального указания на это в договоре. Возможно ли осуществить их перемещение в последней ситуации, если в договоре подобных прав для арендодателя не предусмотрено? Представляется, что в целях создания условий для последующего взыскания с собственника движимых вещей затрат на их перемещение и хранение в подобном случае лицо должно предварительно уведомить нарушителя о необходимости в определенный срок вывезти свое имущество, а также о последствиях, связанных с игнорированием данного требования. Альтернативный вариант, который представляется менее предпочтительным: объекты, оказавшиеся на земельном участке в силу договора, переместить самовольно нельзя — необходимо обратиться с соответствующим требованием в суд. Собственник недвижимого объекта также вправе инициировать удержание брошенных контрагентом вещей с целью их продажи с торгов и возмещения своих расходов с последующей передачей излишка должнику.

Представляется, что ограничение п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 в части воздействия на имущество правонарушителя можно обойти, предусмотрев в договоре иное регулирование. Однако положения договора должны соответствовать императивным нормам. Так, ВС РФ признал незаконным утвержденную муниципалитетом города Ярославля типовую форму договора на право размещения нестационарного торгового объекта в части, предусматривающей отказ арендатора от взыскания убытков, возникающих вследствие утраты или повреждения принадлежащего ему имущества, причиненного действиями арендодателя при его демонтаже (на случай, если арендатор не вывезет имущество в течение 30 дней после получения уведомления). Как указал ВС РФ, в договорном порядке может быть предусмотрено лишь ограничение размера подлежащих возмещению убытков, но не полный отказ лица, право которого нарушено, от такого возмещения (Апелляционное определение СКАД ВС РФ от 19 мая 2017 г. № 8-АПГ17-2).

### **6. Самозащита, предполагающая воздействие на свое имущество**

Согласно абзацу второму п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 самозащита гражданских прав может выражаться в том числе в воздействии лица на свое собственное или находящееся в его законном владении имущество.

Среди подобных мер самозащиты в доктрине выделяют превентивные защитные меры, направленные на воспрепятствование потенциальному хищению: высокий забор, злая собака, установление видеонаблюдения. Видимо, сами по себе подобные приготовления не входят в правовую категорию «самозащита». Их осуществление может оказаться незаметным для права, например, если посягательства на имущество и (или) личность лица так и не случится. Как представляется, юридическая оценка указанных фактических действий, направленных на защиту своего имущества, осуществляется только или в ситуации, когда собственник выходит за пределы ограничений, установленных для его права собственности (слишком высокий забор, здание прилегает к соседнему участку и закрывает вид и т.д.), или нарушает чье-то право (закрывает проход обладателю сервитута), или уже непосредственно при взаимодействии защитных механизмов с правонарушителем. В последнем случае действия собственника по установке мер защиты и их воздействие на нарушителя будут оцениваться в рамках правил о необходимой обороне и крайней необходимости (так, не стоит проводить через забор электрический ток или устанавливать огнестрельное оружие таким образом, чтобы оно автоматически стреляло по ногам при открытии дверей гаража).

Воздействие на собственное имущество может также выражаться в форме отобрания его у незаконного владельца. Имеются в виду ситуации, когда собственник намерен изъять свою вещь у вора, у арендатора или хранителя, с которыми договорные отношения уже истекли. В данном случае, конечно, рекомендуется обратиться в суд с виндикацией или соответствующим договорным иском. Однако какие будут последствия, если собственник заберет свою вещь силой? Будет ли в подобном случае иметь место самоуправство? Например, лицо видит свой ранее кем-то украденный, но еще никому не проданный автомобиль на улице, разбивает в нем стекло и уезжает, заведя автомобиль с помощью проводов. Вероятно, до тех пор, пока возврат вещи не предполагает воздействие на чужое имущество, какие-либо препятствия для подобных фактических действий отсутствуют. Ситуация кардинально меняется, если возврат владения обусловлен применением физической силы к оппоненту или повреждением его имущества. Данные действия могут быть квалифицированы как административное правонарушение или уголовное



преступление. Например, бывшего арендатора нельзя самостоятельно силой изгнать с объекта. Спорным является вопрос о том, возможно ли создать определенные предпосылки для того, чтобы вынудить его уйти, например отключить электричество и водоснабжение. Президиум ВАС РФ в Постановлении от 20 ноября 2001 г. № 5135/01 обращал внимание на незаконность действий по отключению электроэнергии должнику, не имеющему возможности получать ее иным образом. Также по-разному возможно квалифицировать действия собственника, который, не применяя насилие в отношении арендатора, продолжающего незаконно занимать арендованное помещение после прекращения договора, проник в принадлежащие ему нежилые помещения, где находилось имущество бывшего арендатора, и установил новые замки, отказываясь пускать туда бывшего арендатора. Как представляется, если собственник позволит бывшему арендатору беспрепятственно забрать оставшееся в помещениях движимое имущество, то в данном случае в действиях собственника не будет никакого правонарушения — ни с точки зрения гражданского права, ни с позиции уголовного и (или) административного. До настоящего времени высшая инстанция не высказывалась относительно того, будут ли подобные действия рассматриваться в качестве недопустимых в связи с принудительным прекращением собственником незаконного владения экс-контрагента.

Какие последствия имеют место, когда собственник все же отобрал свою вещь или изгнал лицо со своего земельного участка? Если у лица, утратившего вещь, не было законных оснований для ее удержания или владения ею, то, в соответствии с судебной практикой, оно не сможет потребовать возврата вещи через суд. Объясняется это тем, что российские суды осуществляют проверку наличия у лица права в отношении истребуемого объекта, а также отсутствием посессорной защиты.

Несколько иное регулирование предлагалось в проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в редакции, внесенной в Государственную Думу ФС РФ 3 апреля 2012 г. В нем, в частности, указывалось, что право на защиту своего владения имеет любой владелец, в том числе незаконный (п. 2 ст. 215 ГК РФ в редакции проекта).

При этом незаконному владельцу предоставлялось право защищаться против самоуправного собственника самостоятельно (самозащита), посредством обращения к уполномоченным государственным органам или органам местного самоуправления, а также в судебном порядке (п. 3 ст. 215 ГК РФ в редакции проекта).

Если же он избирал судебную защиту, то для удовлетворения иска необходимо было доказать два факта: во-первых, факт выбытия вещи из его владения в результате хищения, самоуправства или иным путем помимо воли владельца; во-вторых, то, что незаконное владение продолжалось более года до учинения собственником самоуправства. При этом собственник не мог бы в качестве возражения сослаться на принадлежащее ему право, но имел бы возможность заявить встречное требование о защите вещного права на эту вещь при условии предварительной передачи спорной вещи во владение лица, определенного судом (секвестр) (ст. 216–218 ГК РФ в редакции проекта).

Исходя из приведенных положений, можно сделать вывод, что указанный проект, во-первых, позволял собственнику самоуправно отбирать вещь у незаконного владельца в течение года после утраты владения. Во-вторых, даже если собственник возвратил себе вещь силой позднее, он все равно находился в достаточно сильной позиции с учетом наличия у него возможности предъявить встречный иск о виндикации, предварительно сдав вещь на хранение третьему лицу.

В связи с этим предлагаемая в упомянутом проекте защита владения не привела бы к кардинальным изменениям по сравнению с действующим регулированием: незаконный владелец все равно не смог бы вернуть себе отобранную собственником вещь при наличии у собственника доказательств, подтверждающих его право, и при квалифицированной защите против иска бывшего владельца, предполагающей предъявление встречного иска о защите вещного права. Следует отметить, что несколько иначе регулировалась бы ситуация, когда собственник пропустил срок исковой давности по виндикации и силой отобрал вещь. В таком случае истец вернул бы себе вещь в рамках посессорной защиты, а встречный иск собственника о виндикации был бы отклонен вследствие пропуска исковой давности.

### Дополнительная литература

*Анненков К.Н.* Самоуправство и самооборона как средства защиты гражданских прав // Журнал гражданского и уголовного права. 1893. Кн. 3. С. 41–69.

*Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001.

*Дождев Д.В.* Владение в системе гражданского права // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 4. С. 6–42; 2010. Т. 10. № 1. С. 4–78.

*Дождев Д.В.* Удержание, законное владение и проблема приоритета // Юрист. 2014. № 19. С. 9–17.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: В 4 т. Т. 1: Общая часть / Отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт, 2018.

*Курс уголовного права.* Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении. Учебник для вузов / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. М.: Зерцало, 1999.

*Новак Д.В.* Институт самозащиты в гражданском праве России досоветского периода // Журнал российского права. 2003. № 2. С. 143–152.

*Сарбаи С.В.* Право удержания в Российской Федерации. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2003.

*Таганцев. Н.С.* Курс русского уголовного права. Часть общая. Кн. 1. Учение о преступлении. Вып. III. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1880.

*Шатуновский Г.О.* О самозащите в сфере частноправовых отношений // Журнал министерства юстиции. 1915. № 2. С. 73–132.

*Engländer A.* Grund und Grenzen der Nothilfe. Mohr Siebeck, 2008.

*Schünemann W.B.* Selbsthilfe im Rechtssystem: Eine dogmatische Studie am Beispiel der §§ 227, 229 ff. BGB (= Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Bd. 61). Mohr Siebeck, 1985.

## Статья 15. Возмещение убытков

1. Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

2. Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

### *Комментарий*

#### 1. Принцип полного возмещения убытков: общие замечания

В п. 1 комментируемой статьи закреплено одно из основополагающих положений российского гражданского права — принцип полного возмещения убытков на случай нарушения субъективного гражданско-

го права. Как указал КС РФ, принцип полного возмещения убытков развивает основные начала российского права – обеспечение восстановления нарушенных прав и их судебную защиту (ч. 3 ст. 17, ч. 1 ст. 19, ст. 45, ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, п. 1 ст. 1 ГК РФ) (см. Постановление КС РФ от 5 марта 2019 г. № 14-П). Более того, этот принцип с полным основанием можно назвать международным стандартом частноправового регулирования (см. ст. III.–3:702 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.4.2 Принципов УНИДРУА).

Комментируемая статья говорит о возмещении убытков при нарушении прав. При осмыслении возмещения убытков следует учитывать, что это универсальная правовая категория, используемая в различных ситуациях нарушения прав. Так, общие правила о возмещении убытков, закрепленные в данной статье, применимы в случае нарушения договорного или иного обязательственного права, а также причинения внедоговорного вреда абсолютным имущественным или личным неимущественным правам пострадавшего (гл. 59 ГК РФ).

Но здесь следует учитывать несколько нюансов.

Во-первых, в прямо указанных в законе случаях обязанность возмещения убытков может возникнуть не только вследствие правонарушения, но и в результате совершения правомерных действий (например, ст. 16.1, 717, 782 ГК РФ). См. подробнее п. 1.6 комментария к настоящей статье.

Во-вторых, закон устанавливает обязанность возместить убытки при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о нарушении обязательства в будущем (п. 2 ст. 328 ГК РФ). Здесь возмещение убытков не является реакцией на состоявшееся нарушение права. См. подробнее п. 1.4 комментария к настоящей статье.

В-третьих, ст. 431.2 ГК РФ устанавливает возмещение убытков на случай выявления ложности предоставленных одной из сторон договора другой договорных заверений. Здесь ответственность наступает не в связи с первичным нарушением какого-либо права, а в связи с предоставлением недостоверности информации, которую одна сторона договора предоставила другой, дав гарантию ее достоверности. Если другая сторона полагалась на такую информацию и понесла убытки, она может требовать их возмещения (причем в ряде случаев независимо от вины гарантировавшей достоверность информации стороны). См. подробнее п. 1.5 комментария к настоящей статье.

В-четвертых, когда речь идет о деликтной ответственности, следует учесть, что классический деликт состоит в причинении вреда личным или имущественным правам пострадавшего, а сам факт причинения данного вреда означает нарушение такого права (например, абсолют-

ного права собственности или личного неимущественного права на физическую неприкосновенность). Но в последние годы все активнее развивается доктрина чистых экономических убытков, в рамках которой деликтным иском взыскиваются убытки, возникающие у одного лица в результате неправомерного (в том числе явно недобросовестного) поведения другого лица, которое при этом в строгом смысле слова никакого конкретного личного или имущественного права пострадавшего не нарушает. Например, такая ситуация возникает в случае обмана при ведении переговоров или иных недобросовестных приемов ведения переговоров, а также в ряде иных ситуаций. В подобных ситуациях взыскание убытков защищает не столько какое-то конкретное нарушенное право, сколько охраняемый законом интерес. Основанием взыскания убытков здесь является непосредственное провоцирование незаконным поведением одного лица финансовых потерь другого, а не возникновение потерь как следствие посягательства на некое его абсолютное или относительное право. См. подробнее о чистых экономических убытках п. 1.2 комментария к настоящей статье.

С учетом этого, несмотря на то что в ст. 15 ГК РФ говорится о нарушении права, сфера применения правил данной статьи о составе убытков намного шире.

Убытки — имущественные невыгоды, потери, которые возникают у одного лица в результате наступления тех или иных обстоятельств. В большинстве случаев риск возникновения убытков относится на то лицо, в имущественной массе которого они возникают. Например, у лица, вложившего все свободные средства в ту или иную валюту, могут образоваться убытки в случае падения курса этой валюты, а у лица, купившего новый автомобиль, могут возникнуть убытки в результате случайной гибели автомобиля. Риск материализации убытков и необходимость мириться с таковыми суть следствие имущественной самостоятельности, ведения экономической деятельности на свой риск. Участник оборота может попытаться застраховать риск возникновения убытков, договорившись со страховой компанией и уплатив ей соответствующую страховую премию. Если он этого не сделал или соответствующий риск никто из страховщиков не страхует, подобные убытки относятся на счет пострадавшего лица. Но в ряде описанных выше ситуаций, когда убытки одного лица возникают в результате поведения другого, возникшие убытки при наличии соответствующих оснований могут быть возмещены за счет причинителя. Это означает, что соответствующие имущественные невыгоды одного лица должно компенсировать то лицо, чье поведение такие убытки и спровоцировало.

В целях реализации такого возмещения возникает обязательственное правоотношение, в котором причинитель будет являться должником, а пострадавший – кредитором; предметом такого обязательства будет возмещение убытков в том или ином (иногда ограниченном законом или договором) размере.

Если речь идет об ответственности за нарушение обязательства, обязательство по возмещению убытков является новым производным охранительным обязательством, возникающим в связи с таким нарушением (просрочкой, ненадлежащим исполнением, нарушением негативного обязательства). Иногда возникновение данного охранительного обязательства обусловлено прекращением основного обязательства (например, при взыскании убытков, вызванных вынужденным расторжением основного договора по правилам ст. 393.1 ГК РФ); здесь можно говорить, что основное (регулятивное) обязательство трансформируется, преобразуется в новое охранительное обязательство по возмещению убытков. Но нередко возникновение охранительного обязательства по возмещению убытков не сопряжено с прекращением основного регулятивного обязательства, и кредитор может требовать как исполнения основного обязательства, так и возмещения убытков наряду с этим (например, при взыскании убытков, вызванных просрочкой).

В случае же с ответственностью за предоставление недостоверных договорных заверений, а также в области деликтной ответственности и в случаях возмещения убытков, возникающих в результате правомерных действий, обязательство по возмещению убытков не отпочковывается от некоего ранее существовавшего основного обязательственного правоотношения, а возникает первично как следствие наступления соответствующего юридического факта (например, нарушения абсолютного права, предоставления недостоверных заверений и т.п.).

Убытки могут возникать как в виде чисто денежных потерь (например, напрасно понесенные расходы или неполученные денежные доходы), так и иметь натуральное содержание (например, уничтожение или порча принадлежащей собственнику вещи), но возмещаются убытки всегда в деньгах. Цель такого денежного возмещения состоит в том, чтобы, насколько это возможно, за счет присуждения денежной компенсации восстановить имущественное положение пострадавшего лица и перенести его в такое материальное положение, в котором он находился бы, если бы соответствующее нарушение или иное основание для возмещения убытков не возникало. В этом состоит принципиальное отличие данного института от ряда иных способов защиты и институтов гражданского права (присуждение к исполнению

обязательства в натуре, восстановление положения, существовавшего до нарушения, оспаривание сделки и др.).

Если лицо столкнулось не с имущественными невыгодами (потерями), а испытало моральные страдания в результате неправомерного поведения другого лица, закон в ряде случаев позволяет добиться компенсации морального вреда в виде выплаты той или иной денежной суммы, цель которой состоит в том, чтобы в форме денежного суррогата отчасти загладить те эмоциональные страдания, которые испытало соответствующее лицо по вине причинителя морального вреда. Такой способ защиты, как компенсация морального вреда, упомянут в ст. 12 ГК РФ и урегулирован в ст. 151 и 1099–1101 ГК РФ как самостоятельный и отличный от взыскания убытков способ защиты права. Хотя здесь на практике возникает ряд пограничных ситуаций (см. п. 1.10 комментария к настоящей статье).

### ***1.1. Возмещение убытков как санкция за правонарушение: политика права***

Несмотря на то что, как было отмечено ранее, в ряде указанных в законе случаев убытки возмещаются не в связи с нарушением субъективного гражданского права, в большинстве случаев убытки возмещаются именно как мера ответственности за нарушение субъективного абсолютного или относительного права. Такой способ защиты права является краеугольным камнем всей системы защиты частных прав и всего частного права в целом. По умолчанию любое нарушение гражданского права дает право на взыскание убытков.

В стране, в которой убытки возмещаются редко и не созданы условия для их эффективного взыскания, нормальное функционирование частного права под большой угрозой. Связано это с тем, что, во-первых, возмещение убытков позволяет обеспечить ключевое для частного права проявление идеи справедливости — так называемую корректирующую (коммутативную) справедливость, которая требует восстановления нарушенного имущественного баланса. Если в результате нарушения права у пострадавшего лица возникают убытки, и они не возмещены правонарушителем, наше чувство справедливости восстает против такого развития событий.

Во-вторых, с утилитаристских позиций полное возмещение убытков является ключевым элементом превенции правонарушений. Если лицо осознает, что в случае нарушения права ближнего с него будут взысканы убытки, это заставляет его во многих случаях остановиться и воздержаться от нарушения и уважать чужое право. Да, у него все равно могут оставаться стимулы к атакам на чужие права, если его собственные выгоды от таких атак превысят возможные убытки

пострадавшего, перспектива взыскания с него убытков сама по себе стимулы к нарушению прав в таких случаях не устраним, и превентивная функция взыскания убытков не сработает. Но очень многие потенциальные правонарушения, не отличающиеся подобным раскладом выгод нарушителя и потерь правообладателя, наличие правовой гарантии возмещения убытков теоретически предотвратит. Если правопорядок не обеспечивает эффективное взыскание убытков, неминуемо повышается привлекательность противоправной модели поведения. На нарушения чужих прав начнут решаться не только те, чьи выгоды выше предполагаемых потерь правообладателя, но и те, кто не может в целом оценить оба вида последствий нарушения, а также те, чьи выгоды меньше потерь правообладателя. Нарушить чужое право становится очень легко. Ведь люди при принятии решений, к сожалению, далеко не всегда советуются с совестью, а часто ориентируются исключительно на внешние отрицательные и позитивные стимулы (издержки и выгоды). Если выгоды от действия перевешивают издержки, данное действие будет совершено с большой вероятностью, и наоборот. При этом люди ориентируются не на номинальное значение издержек и выгод, а на их ожидаемое значение, которое интуитивно определяется в результате умножения номинального значения издержек и выгод на процент вероятности их материализации. Если правонарушение повлечет для нарушителя издержки в виде взыскания с него убытков, но вероятность такого развития событий крайне мала, ожидаемое значение убытков оказывается крайне низким. Соответственно, циничный индивид, не озабоченный моралью, очень часто будет приходить к выводу о целесообразности нарушения прав. И чем ниже вероятность возникновения издержек, тем чаще выбор будет делаться в пользу нарушения.

Одним из видов издержек для потенциального нарушителя может являться репутационное давление. Но, к сожалению, этот социальный регулятор в больших урбанизированных обществах (в отличие от небольших сельских общин или иных узких социальных групп вроде этнического гетто в чужеродном окружении) работает плохо. Некоторые инструменты позволяют отчасти компенсировать эту проблему (например, бюро кредитных историй и др.). Более того, ситуация может измениться за счет цифровых технологий и различных систем личностного рейтингования, причем измениться так, что многим из нас этот «дивный новый мир» не очень понравится, но пока это лишь перспектива, пусть и не самая отдаленная. В существующих же условиях ключевым видом потенциальных издержек оказываются санкции со стороны права.



Важную роль здесь играют санкции публичного права (уголовного или административного), но данные инструменты превенции правонарушения покрывают далеко не все правоотношения (например, не срабатывают в большинстве случаев нарушения договоров) и в целом работают в нашей стране крайне плохо в силу ряда институциональных причин, включая деформации в работе соответствующих правоохранительных органов. В этом плане огромную роль в качестве негативного правового стимула к воздержанию от нарушения чужого права может играть перспектива взыскания убытков. Данный механизм работает по инициативе того, кто больше всего заинтересован в реализации компенсаторной функции убытков (т.е. пострадавшего), но косвенно, защищая свой собственный интерес, пострадавший демонстрирует урок всем потенциальным правонарушителям на будущее. Интенсивное взыскание убытков демонстрирует неотвратимость санкции и повышает в их глазах вероятность взыскания убытков на случай нарушения, а это, в свою очередь, приводит к возрастанию ожидаемого значения издержек неправомерного поведения и в итоге снижает количество случаев, когда лицо решится нарушить право ближнего. Это формирует правовую среду, в которой выгоды от правонарушения снижаются, а нарушение чужих прав становится менее привлекательным поведенческим паттерном. Поэтому так важно, чтобы в стране институт полного возмещения убытков работал максимально эффективно. Данный институт является ключевым условием нормального функционирования правопорядка.

Впрочем, здесь следует обратить внимание, что возмещение убытков далеко не всегда справляется с поставленными целями эффективной превенции даже в самых продвинутых в этом отношении странах. Связано это с тем, что доказывание убытков — предприятие не из легких, и многие убытки по целому ряду причин доказать и взыскать не получается. Взыскания всех убытков со 100%-й вероятностью обеспечить в принципе невозможно. Связано это с тем, что: а) многие отдаленные негативные материальные последствия правонарушений суды повсеместно отказываются компенсировать с учетом применения тех или иных доктрин причинности (что не исключает сам факт наличия таких последствий); б) нередко права имеют субъективную ценность, достоверно доказать которую суду чаще всего невозможно (суд будет вынужден при расчете убытков опираться на рыночные цены, несмотря на то что для самого пострадавшего ущерб может быть намного выше); в) издержки на судебную защиту прав не возмещаются в полном объеме; г) имеется целый ряд иных причин систематической недокомпенсации. В подавляющем большинстве случаев пострадав-

шему не удастся взыскать в качестве убытков сумму, сопоставимую с размером всех негативных экономических последствий нарушения, и на практике даже в самых развитых странах происходит недокомпенсация имущественных потерь. Это значит, что ожидаемое значение возмещаемых убытков будет всегда ниже абсолютного, и это может толкать потенциальных правонарушителей (при отсутствии помощи со стороны публичного права и иррелевантности фактора репутации) на нарушения прав даже в тех странах, в которых возмещение убытков работает идеально.

Другая причина того, что люди осознанно идут на нарушение чужого права, даже зная о том, что с них гарантированно взыщут все убытки, состоит в следующем: выгоды от правонарушения могут оказаться выше убытков правообладателя; в этом случае даже полное возмещение не исключает то, что для атакующей стороны сохраняются стимулы совершать свои атаки. Нарушитель возместит правообладателю все убытки, и все равно останется в выигрыше. С этой проблемой можно бороться за счет развития мер публично-правовой превенции, но можно и за счет введения различных сверхкомпенсационных взысканий (потребительские штрафы, карательные компенсации в интеллектуальной собственности, взыскание в качестве компенсации дохода, извлеченного правонарушителем, и др.), а также в ряде случаев за счет предоставления пострадавшему эффективных механизмов пресечения правонарушений или восстановления попранного права в натуре (оспаривание сделок, виндикация, негаторные иски, пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу такого нарушения, присуждение к исполнению обязательства в натуре и т.п.). О карательных компенсациях см. п. 1.9, а о возмещении неправомерного дохода — п. 2.12 комментария к настоящей статье.

Тем не менее право должно стремиться обеспечить минимальный уровень защиты частного права, создавая условия для повышения вероятности возмещения всех убытков. Чем больше эта вероятность, тем сильнее защищены частные права, справедливее общественные отношения и меньше случаев нарушения прав.

### ***1.2. Деликт как основание для взыскания убытков***

Правовым основанием взыскания убытков в качестве меры ответственности является нарушение гражданского права. Деликт является одним из ключевых оснований возникновения обязательства по возмещению убытков.

Деликтная ответственность и правила взыскания убытков в качестве способа возмещения вреда, причиненного личности или имуществу лица, регулируются прежде всего нормами гл. 59 ГК РФ, а также рядом

иных норм (например, ст. 16 ГК РФ). Деликт может влечь не только возмещение убытков, но и такие санкции, как возмещение вреда в натуре (ст. 1082 ГК РФ), возмещение морального вреда (ст. 151 ГК РФ) или иск о пресечении причиняющей ущерб деятельности (ст. 12, 1065 ГК РФ).

Деликтная ответственность по общему правилу строится на началах вины. При этом наличие вины предполагается, и обратное должно быть доказано правонарушителем (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Вина проявляется в форме умысла или неосторожности (как простой, так и грубой), если из закона не следует, что ответственность наступает только приумысле или приумысле и грубой неосторожности. Неосторожность имеет место тогда, когда лицо не предприняло тех действий, которые предприняло бы на его месте заботливое и осмотрительное лицо в целях избегания причинения вреда (п. 1 ст. 401 ГК РФ, применяемый в деликтном праве по аналогии). В то же время в силу закона в ряде случаев деликтная ответственность строится на началах риска и носит безвиновный характер (например, так возмещаются убытки в связи с причинением вреда в результате деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих (ст. 1079 ГК РФ)).

Деликт может состоять в посягательстве на абсолютные личные неимущественные права (например, здоровье потерпевшего, его репутацию, честь или достоинство, свободу, неприкосновенность частной жизни и т.п.), а также на абсолютные имущественные права (например, право собственности на вещи, исключительные права и др.). Посягательства на абсолютные права неправомерны, если обратное не установлено законом. В этом суть абсолютных прав: они охраняются от посягательств третьих лиц, и все третьи лица должны воздерживаться от посягательств на такие права. Посягательство может происходить в форме причинения физического вреда объектам таких прав (вещам, здоровью лица и т.п.) или при игнорировании данных прав в иной форме (например, присвоении чужой вещи, использовании чужой интеллектуальной собственности, лишении человека свободы, диффамации и т.п.). Если кто-то незаконно удерживает человека, он обязан возместить последнему убытки и моральный вред, несмотря на то что какого-то физического вреда человеку не причинено. Если кто-то сгружает щебень перед гаражом собственника и мешает тому использовать свое право собственности на автомобиль, собственник может не только заявить негаторный иск, но и потребовать возмещения убытков в виде упущенной выгоды, возникшей в результате невозможности использовать свою вещь в течение определенного срока.

Более спорным является допущение возмещения деликтным иском убытков, причиненных в результате посягательства на относительные имущественные права (например, права требования по обязательству), а также убытков, которые возникают у пострадавшего в связи с неправомерным (противоречащим конкретным нормам закона или недобросовестным) поведением другого лица в ситуации, когда никакое конкретное (абсолютное или относительное) имущественное или личное неимущественное право пострадавшего не нарушено.

Здесь мы оказываемся в эпицентре жарких споров о пределах деликтного права. Главный обсуждаемый в связи с этим вопрос — это вопрос о возможности взыскания деликтным иском чистых экономических убытков / потерь (*pure economic loss*). Под чистыми экономическими убытками обычно понимают убытки в виде понесенных расходов или упущенной выгоды, возникающие в имущественной сфере потерпевшего в результате неправомерных (формально незаконных или недобросовестных) действий делинквента, не представляющих собой прямого посягательства на те или иные абсолютные (личные неимущественные или имущественные) права пострадавшего. Понятие «чисто экономические убытки» указывает не на особый вид убытков, а на правовое обоснование взыскания убытков деликтным иском. Впрочем, само понятие чистых экономических убытков вызывает дискуссии.

В ряде случаев взыскание таких чисто финансовых потерь прямо предписано законом. Например, ст. 16 ГК РФ предусматривает возмещение убытков, возникших в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов или органов местного самоуправления; ст. 178 и 179 ГК РФ предусматривают возмещение убытков, возникших у стороны сделки, совершенной данной стороной в результате обмана, введения в заблуждение или угрозы, а также в результате недобросовестного использования контрагентом стечения тяжелых обстоятельств; ст. 1088 и 1089 ГК РФ предписывают возмещение убытков в результате потери кормильца в результате деликта; ст. 1084 ГК РФ устанавливает возможность возмещения расходов на погребение жертвы деликта; п. 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции говорит о возмещении убытков в результате нарушения антимонопольного законодательства и т.п. Наконец, в категорию чисто экономических убытков попадают потери, возникшие вследствие недобросовестного ведения переговоров (преддоговорная ответственность) (ст. 434.1 ГК РФ). Например, если вследствие недобросовестного ведения переговоров одна из переговаривающихся сторон утрачивает возможность заключения выгодного контракта с другим контрагентом, ни имуще-

ство, ни личные блага потерпевшего не страдают, однако финансовые потери могут быть очевидны и должны быть возмещены. Эти примеры можно продолжить.

Во всех этих прямо указанных в законе примерах одно лицо в результате своих неправомерных (нарушающих конкретные нормы закона либо очевидно недобросовестных) действий провоцирует возникновение у потерпевшего расходов или утрату им некой имущественной выгоды, но при этом данные финансовые потери не являются следствием того, что такое поведение ответчика посягает на конкретное абсолютное право истца. По сути, здесь взыскание убытков защищает не столько нарушенное право, сколько пострадавший законный интерес. На это, например, прямо указано в п. 3 ст. 37 Закона о защите конкуренции применительно к взысканию убытков с нарушителя антимонопольного законодательства.

Возможно ли возмещение чистых экономических убытков за рамками указанных в законе прямо случаев? Чтобы ответить на этот вопрос, нам следует сформулировать общее отношение российского права к применению деликтного иска в целях возмещения чистых экономических убытков.

В различных правопорядках эта проблема решается по-разному. Учитывая то, что в данном случае обсуждается внедоговорное причинение убытков, решение указанной проблемы во многом зависит от общей концепции деликтного права, а именно построено ли частноправовое регулирование на системе французского генерального деликта (принцип «любой неправомерно причиненный вред подлежит возмещению») или немецкого подхода с закрытым перечнем охраняемых деликтным правом благ и прав (принцип «возмещается только вред, причиненный тем благам или правам, которые указаны в законе»). В рамках системы генерального деликта (например, во Франции) возмещение чисто экономических потерь вызывает меньше догматических сложностей, поскольку нет необходимости определять, какое именно право потерпевшего нарушено и предусмотрена ли законом компенсация за умаление именно этого права, — достаточно неправомерности поведения одного лица, причиняющего убытки другому лицу. В рамках немецкой системы для компенсации деликтным иском убытков необходимо обнаружить посягательство на то право, которое охраняется деликтным правом (личное или имущественное абсолютные права), а при отсутствии такого посягательства деликтный иск удовлетворяется только в ситуации, когда такое поведение ответчика нарушает прямой законодательный запрет, специально направленный на защиту соответствующего интереса лица, или хотя и не нарушает

такой запрет, но представляет собой умышленное поведение, противоречащее добрым нравам.

Применительно к российскому законодательству, казалось бы, более обоснованно вести речь о системе закрытого перечня, поскольку у нас законодатель указал, что возмещению подлежит вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица (п. 1 ст. 1064 ГК РФ). Казалось бы, такая формулировка сочетается с взысканием убытков на случай нарушения личных неимущественных и имущественных прав (при широкой интерпретации, включая обязательственные), но не сочетается с взысканием деликтным иском убытков в ситуации, когда некое правонарушение (обман и т.п.) провоцирует возникновение убытков напрямую, а не в результате первичного посягательства на то или иное личное неимущественное или имущественное право. Тем не менее ВС РФ в последние несколько лет идет дальше и не только не отвергает принципиально возможность возмещения чисто экономических убытков при отсутствии первичного посягательства на конкретное имущественное или неимущественное право, но и активно развивает концепцию чистых экономических убытков.

Так, ВС РФ допустил взыскание убытков со стороны процесса в связи с фальсификацией доказательств, допущенных ее судебными представителями (Определение СКЭС ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-14652), взыскание убытков с менеджеров и участников заемщика, обманом предоставивших банку недостоверную отчетность о финансовом состоянии заемщика (Определение СКЭС ВС РФ от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540), взыскание убытков с частного обвинителя, инициировавшего возбуждение заведомо необоснованного уголовного преследования в отношении истца (Определение СКГД ВС РФ от 10 марта 2015 г. № 16-КГ14-37), взыскание убытков с сертификатора, ошибочно выдавшего сертификат соответствия на импортный автомобиль по иску конечного покупателя, купившего автомобиль, а затем столкнувшегося с невозможностью его использования по причине аннулирования сертификата соответствия (Определение СКЭС ВС РФ от 11 мая 2018 г. по делу № 306-ЭС17-18368 (так называемое дело «Магадан-тест»)), взыскание убытков с продавца, совершившего двойную продажу, в пользу лица, не состоявшего с ним в прямых договорных отношениях (Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19319 (так называемое дело «Бомарше»)).

Вместе с тем нельзя не отметить потенциальную опасность для оборота института возмещения чисто экономических убытков. Она заключается в том, что крайне сложно определить границы применения

этого подхода. Разнообразные непропорциональные действия (бездействие) субъектов гражданского оборота имеют далеко идущие последствия и могут негативно отразиться на различных интересах третьих лиц. В тех случаях, когда такое непропорциональное поведение является умышленным и противоречащим основам нравственности или вообще уголовным преступлением, оснований для возложения деликтной ответственности больше. Даже если такое поведение нарушает не конкретное субъективное право другого лица, а, скорее, его охраняемый законом интерес тем, что непосредственно причиняет ему финансовые убытки (например, обман или недобросовестная конкуренция), здравый смысл подсказывает, что деликтная ответственность должна наступать. Такие иски удовлетворяются в подобных ситуациях в большинстве стран. Если же те или иные проступки совершены по неосторожности, нередко возникают серьезные сомнения в обоснованности привлечения к гражданско-правовой ответственности, если такие поступки хотя и повлекли убытки для другого лица, но формально не нарушали его право. Часто обсуждаются возможные негативные последствия возложения на участников оборота избыточных рисков. В XIX в. еще Р. Иеринг писал о таких рисках: «Одно неосторожное замечание, подхваченный слух, ложное сообщение, дурной совет, необдуманное решение, рекомендация недостойной служанки ее бывшими хозяевами, ответ на вопрос прохожего об адресе или времени и т.д., — словом, все это при наличии грубой неосторожности повлечет за собой обязанность возместить причиненный ущерб, даже если действия причинившего носили добросовестный характер».

В некоторых ситуациях необходимость защиты лица от причинения чисто финансовых убытков посредством деликтного иска абсолютно очевидна. Это, например, прямое посягательство на имущественное относительное право. Имущественное обязательственное право не может быть уничтожено или повреждено так же, как погибает или портится вещь, поскольку такое право носит идеальный характер и имеет своим предметом определенное поведение должника. Но формально-законодательных преград для защиты обязательственных прав деликтным иском нет. Ведь ст. 1064 ГК РФ говорит о причинении вреда личности или имуществу, а к имуществу ст. 128 ГК РФ относит любые имущественные права, соответственно, и обязательственные права (и это не только безличные денежные средства на счетах, но и обычные обязательственные притязания). В то же время многие толкуют слово «имущество» в данном контексте ограничительно, имея в виду лишь абсолютные имущественные права. И действительно, ограничительное толкование понятия «иму-

шество» в контексте ст. 1064 ГК РФ вполне возможно. Важно лишь определиться с тем, целесообразно ли это.

Как представляется, сужение сферы деликтного права только до защиты вещных или иных абсолютных прав провоцирует сложности, связанные с теоретической неопределенностью в разграничении абсолютных и относительных прав. Так, безналичные денежные средства на банковском счете, безусловно, право сугубо обязательственное, но отрицать абсолютный эффект таких прав странно: все третьи лица должны воздерживаться от прямого вторжения в обязательственные отношения банка и клиента. Например, если кто-то крадет деньги со счета клиента, взломав электронное средство платежа клиента, он будет однозначно нести деликтную ответственность перед клиентом. То же касается и определения природы корпоративных прав, бездокументарных ценных бумаг. Например, если злоумышленник подделал документы и спровоцировал списание облигаций или акций со счета правообладателя, причиненный ущерб такое лицо должно возместить (в том числе в результате удовлетворения гражданского иска в уголовном процессе). Возможно прямое посягательство и на иные обязательственные права. Например, в ситуации, когда мошенник, подделав доверенность на приемку груза, получает от имени покупателя на складе поставщика товар, который причитался покупателю, последний, конечно же, может предъявить свои претензии поставщику, поскольку тот в силу ст. 312 ГК РФ несет риск передачи объекта предоставления неуполномоченному кредитором лицу, но поставщик может впасть в банкротство. Было бы странно, если бы покупатель не мог предъявить в такой ситуации деликтный иск соответствующему мошеннику.

Современные условия экономики постепенно формируют среду, в которой наиболее ликвидным имуществом оказываются имущественные права сугубо обязательственной природы. Собственность на вещи постепенно теряет свое первостепенное значение в век цифровых технологий, бездокументарных ценных бумаг, каршеринга и иных форм аренды, безналичных денег, цифровых активов и других активов, структурируемых за счет частных обязательственных сделок. Отказ в защите кредиторов от прямых неправомерных и виновных посягательств третьих лиц на данные имущественные права было бы недальновидным решением.

Но, как представляется, ответственность в таких ситуациях может наступать только тогда, когда речь шла об умысле. Возможность прямого посягательства на обязательственное право со стороны третьих лиц в форме простой неосторожности может вызывать серьезные сом-



нения. Все-таки по умолчанию нарушить обязательственное право может только должник.

Могут быть также ситуации, в которых неправомерное поведение должника не представляет собой прямое посягательство на относительное право потерпевшего, но тем не менее финансовые потери ему причиняет, и при этом возникают основания для возмещения таких потерь. Далее приведем несколько типичных ситуаций, которые обычно обсуждаются в контексте проблематики чистых экономических убытков.

Во-первых, выше речь шла о прямых посягательствах на относительное имущественное право. Куда более сложная ситуация возникает тогда, когда поведение третьего лица само по себе напрямую право кредитора не нарушает (не лишает кредитора его права, как в примере со списанием средств со счета в результате взлома электронного средства платежа клиента третьим лицом), а способствует такому нарушению должником. Казалось бы, здесь ответственности третьего лица быть не должно. Многие считают, что в силу относительной природы обязательства у кредитора нет права требовать от всех третьих лиц воздержания от поведения, которое может спровоцировать нарушение должником своих обязательств, а нарушить обязательственное право кредитора может только должник. Соответственно, невозможно нарушение обязательственного права третьим лицом. Можно говорить о нарушении интереса кредитора, но не о нарушении обязательственного права третьим лицом, помогающим должнику нарушить свое обязательство или провоцирующим такое нарушение в иной форме. Но целесообразность подобного прочтения закона небесспорна. Вполне мыслимо предположение о том, что кредитор по обязательственному праву имеет абсолютную защиту против любых действий третьих лиц, знающих о таком праве и осознанно, умышленно способствующих его нарушению. Но эта проблематика вызывает множество споров, и однозначных ответов в практике ВС РФ пока нет.

Приведем несколько примеров.

Третье лицо подговаривает должника нарушить свое обязательство или способствует такому нарушению, войдя с должником в сговор. Например, третье лицо перекупает у должника вещь, которую должник обязан был передать своему кредитору, зная о том, что такая покупка неминуемо приведет к нарушению прав данного кредитора и повлечет невозможность удовлетворения должником обязательственного права кредитора. Может ли кредитор требовать возмещения убытков от такого «интервента»?

Третье лицо способствует выводу должником своих активов из-под приближающегося наложения на них взыскания или из-под наложенного судом ареста, например, приобретая такой актив в условиях точного знания о мотивации должника вывести имущество из-под взыскания или об аресте. Возможен ли иск соответствующего истца к такому третьему лицу («укрывателю») о возмещении убытков?

Основной участник общества дает руководству общества указание нарушить договор, заключенный обществом с третьим лицом, и это указание исполняется. Может ли третье лицо, являющееся кредитором по нарушенному обязательству, предъявить иск о возмещении убытков не только к самому обществу, но и к ее участнику, давшему такое указание?

Все такие ситуации обычно объединяют под названием вторжения в чужие обязательственные (договорные) отношения. Во многих странах в таких ситуациях допускается деликтный иск кредитора к недобросовестному интервенту (наряду с прямым договорным иском к непосредственному должнику), но требуется, чтобы поведение интервента было умышленным. Споры идут в основном по вопросу о том, необходимо ли, чтобы мотивация интервента была направлена преимущественно на причинение вреда кредитору (шикана, недобросовестная конкуренция), или ответственность может наступать и тогда, когда интервент, вступая во взаимодействие с должником, точно знает, что в преследовании этого интереса он провоцирует должника на нарушение прав его кредитора, но относится к интересам кредитора безразлично, при этом преследуя свой личный интерес, а не стремясь специально навредить кредитору.

Во-вторых, очень часто в рыночных отношениях выстраиваются целые цепи контрактов, состоящие из многочисленных звеньев (например, «поставщик материалов — субподрядчик — генподрядчик — заказчик» или «производитель — дистрибьютор — дилер — конечный покупатель»). Может ли контрагент, который столкнулся с нарушением принадлежащего ему обязательственного права своим должником, произошедшим вследствие нарушения предыдущим звеном этой цепи своего обязательства перед должником, взыскать с такого предыдущего звена убытки, если он не находится с ним в прямых договорных отношениях? Иногда такие попытки предпринимаются, особенно если непосредственный должник уже ликвидирован, и у кредитора не остается иного выбора, кроме попытки «дотянуться» до того, кто и спровоцировал цепочку нарушения.

Можно привести несколько примеров.

Завод выпускает на рынок бракованную продукцию, и та, будучи изначально продана дистрибьютору, в дальнейшем попадает к конечному покупателю. Может ли последний предъявить прямой иск об убытках в виде понесенных расходов на ремонт к заводу, с которым у него нет прямого договорного отношения, за рамками ситуаций, которые охватываются нормами Закона о защите прав потребителей и дают в этих ситуациях потребителю право на прямой иск?

Субподрядчик нарушает свой договор с генподрядчиком и допускает скрытые дефекты в выполняемых им работах, чем провоцирует нарушение обязательств генподрядчика перед заказчиком. Возможен ли прямой иск заказчика, выявившего такой скрытый дефект после сдачи ему работ, к субподрядчику на основании норм деликтного права? Предъявление такого иска иногда может быть единственным способом защитить свой интерес (например, в случае банкротства и ликвидации генерального подрядчика до выявления заказчиком скрытого дефекта).

Эти вопросы пока также у нас в правовой науке плохо проработаны. Как правило, пока суды такие попытки отступить от принципа относительности обязательственных отношений через нетривиальное применение деликтного иска не поощряли. Впрочем, в знаменитом деле «Бомарше» (Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19319) ВС РФ близко подошел к такому решению, допустив прямой деликтный иск конечного звена цепи контрактов к исходному нарушителю, спровоцировавшему цепочку нарушения. Но в данном деле специфика состояла в том, что цепочка контрактов, ведущая к истцу, была признана судами недействительной, и у истца не было иного пути возместить убытки по модели позитивного договорного интереса (помимо возврата уплаченной цены в режиме реституции), кроме такого прямого деликтного иска. Не вполне ясно, допустил бы ВС РФ прямой деликтный иск конечного покупателя к застройщику в такой ситуации, если бы договор конечного покупателя с промежуточным звеном цепи оставался бы действительным, и покупатель мог бы теоретически требовать убытки от него (или такой договор был действительным, но промежуточное звено выпало в связи с ликвидацией). Анализ текста указанного Определения ВС РФ позволяет допустить, что ВС РФ на это пошел бы.

В-третьих, это вопросы о возможности взыскания деликтным иском убытков с профессионала, которого привлекает на основании договора одно лицо, но суть его услуги состоит в предоставлении некоего заключения третьим лицам, которые будут полагаться на это профессиональное заключение. Так, аудиторская компания, рейтинговое

агентство, компания, занимающаяся сертификацией продукции, при исполнении своих обязательств по договору с неким заказчиком (например, публичным АО, заказывающим аудиторское заключение, эмитентом бездокументарных бумаг, заказывающим рейтингование своих бумаг, или импортером сертифицируемой продукции) умышленно или по неосторожности совершает просчет и выпускает необоснованное заключение, сертификат или иной подобный документ, предназначенный для широкого круга третьих лиц, на этот документ полагается конкретное третье лицо, не находящееся в договорной связи с таким профессионалом, и совершает ту или иную сделку, которая причиняет убытки. Возможен ли здесь прямой иск к такому профессионалу со стороны тех, кто полагался на его профессиональную экспертизу?

Еще один пример: по заказу продавца оценщик дает оценку продаваемого имущественного актива. Полагаясь на эту оценку, покупатель приобретает данный актив по цене, сопоставимой с оценкой. Впоследствии оказывается, что оценка была существенно завышена, и покупатель серьезно переплатил. Может ли покупатель потребовать возмещения убытков от оценщика? Финансовые потери покупателя возникли вследствие проведения оценщиком неверной оценки на основании договора с продавцом, абсолютные права покупателя не нарушены, но финансовые убытки причинены.

В-четвертых, это целая серия дел, объединенных лишь тем, что здесь поведение одного лица причиняет ущерб имуществу или личности одного лица, а финансовые убытки возникают у другого лица. Такие случаи принято называть ситуацией возникновения рикошетных убытков.

Например, происходит повреждение объектов инфраструктуры (мосты, дороги), влекущее упущенную выгоду у транспортных организаций, эту инфраструктуру использующих, но не владеющих ею на праве собственности. Может ли такая организация предъявить деликтный иск к тому, кто причинил вред такой инфраструктуре, с учетом того, что поврежденное имущество не принадлежало на праве собственности транспортной организации? Ведь здесь поведение ответчика не нарушает конкретное право транспортной организации, но лишает ее финансовой выгоды, т.е. посягает на своеобразный экономический интерес в бесперебойном осуществлении экономической деятельности.

По вине строительной компании происходит разрыв подземного электрического кабеля, принадлежащего энергоснабжающей организации и обеспечивающего подачу электроэнергии на завод, в результате чего заводской конвейер простаивает сутки. Может ли завод предъявить деликтный иск к строительной компании с учетом того,

что собственность завода не пострадала, но упущенная выгода из-за простоя налицо, а взыскать ее с энергоснабжающей организации в силу п. 1 ст. 547 ГК РФ невозможно?

В-пятых, возникают ситуации, обычно именуемые случаями возникновения перенесенных убытков: посягательство на абсолютные права одного лица провоцирует убытки у другого лица в силу того, что в отношениях между этими лицами риск такого вмешательства перенесен на второго. Классический пример: по вине третьего лица гибнет предмет лизинга. Может ли лизингополучатель потребовать возмещения убытков от причинителя вреда с учетом того, что у него на момент причинения вреда нет права собственности на предмет лизинга, но риск случайной гибели вещи лежит именно на нем?

В-шестых, возникают деликтные споры и в ситуации вмешательства в деловые процессы или учинения препятствий на пути реализации тех или иных частных планов. Например, в результате ДТП происходит на несколько часов остановка движения трамваев; возможен ли деликтный иск трамвайного депо к виновнику ДТП в виде возмещения упущенной выгоды от вынужденного простоя трамваев на соответствующем маршруте? Несогласованный оппозиционный митинг привел к срыву свадьбы, запланированной в летнем ресторане; возможен ли деликтный иск ресторана и организаторов свадьбы к организаторам митинга?

В-седьмых, часто налицо различные формы мошенничества или обмана. Например, акционер, бенефициар или менеджер компании совершают обман на переговорах (например, предоставляют контрагенту недостоверную информацию о финансовом состоянии компании). Результат обмана вскрывается после заключения договора. Может ли обманутый контрагент подать иск о взыскании убытков не с компании, в чьих интересах обман был совершен, а напрямую с тех физических лиц, которые совершили такой обман, или солидарно и с компании, и с таких лиц? ВС РФ считает, что это возможно (Определение СКЭС ВС РФ от 5 марта 2019 г. № 305-ЭС18-15540).

В-восьмых, в отдельную группу случаев можно отнести игнорирование необходимости согласования сделки с третьим лицом. Например, представим, что стороны совершают сделку, игнорируя тот факт, что согласие на данную сделку должно было в силу закона дать третье лицо, чем причиняют такому третьему лицу ущерб. Третье лицо, конечно, в силу ст. 173.1 ГК РФ может данную сделку оспорить, но это далеко не всегда позволяет обеспечить полное восстановление нарушенного права. Кроме того, если необходимость получения согласия установлена не законом, а иным правовым актом, оспорить сделку в принципе

нельзя. Может ли третье лицо, понесшее убытки, потребовать от одной из сторон или даже обеих сторон сделки, осознанно пошедших на совершение сделки, игнорируя мнение третьего лица, возмещения убытков? ВС РФ считает, что это возможно (п. 90 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Примеры можно приводить бесконечно. Вопрос о возмещении убытков посредством деликтного иска в таких ситуациях является одной из самых острых тем современного деликтного права.

Как представляется, в отношении всех подобных крайне разнообразных случаев трудно выработать единое и универсальное правило. Здесь требуется предметный анализ конкретных групп случаев и анализ различных факторов. Например, кажется логичным привлечение по иску инвесторов к ответственности аудитора, заверяющего отчетность публичного акционерного общества и знающего, что заключение будет опубликовано и заказывается именно для оповещения инвесторов о финансовых делах общества, если такой аудитор осознанно закрывает глаза на те или иные проблемы и выпускает недостоверное заключение, но привлечение аудитора к ответственности в случае простой неосторожности выглядит несколько более спорно. Кроме того, спорным может казаться в такой ситуации учет включенной в отчет аудитора оговорки о том, что он не отвечает перед третьими лицами, или условия об ограничении объема ответственности.

Другой пример: представим, что автор юридического пособия о структурировании сделок с недвижимостью в ряде зарубежных стран, выложенного в свободном доступе в Интернете и предназначенного для широкой аудитории российских читателей, допускает в нем грубую ошибку в отношении содержания права определенной зарубежной страны, а один из читателей, полагаясь на эту информацию, совершает ту или иную сделку и сталкивается с убытками по причине несоответствия данной информации действительности. Может ли он взыскать убытки с автора пособия? Как представляется, если не будет установлен умысел на введение в заблуждение читателей, удовлетворение такого деликтного иска несправедливо. То же касается и ситуации, когда некий известный блогер вводит свою аудиторию, привыкшую доверять его суждениям, в заблуждение по поводу тех или иных обстоятельств, и доверившиеся читатели несут убытки. Меняется ли что-то в ситуации, если будет доказано, что в первом примере автор получил от издательства солидный гонорар и писал книгу в том числе из материальных соображений, а во втором примере блогер зарабатывает солидную сумму за счет демонстрации своим читателям рекламы? Эти и многие другие вопросы требуют серьезной проработки, но, как

представляется, без умысла на введение в заблуждение убытки взыскиваться не должны.

Иная ситуация имеет место при ведении переговоров. Общепринято, что сообщение недостоверной информации в ходе переговоров должно влечь ответственность, даже если речь идет не об умысле, а о неосторожности.

В общем, с каждой группой случаев следует разбираться отдельно, учитывая в том числе и то, что в ряде случаев ответственность может быть обоснована, но признаваться не деликтной, а договорной. Последнее возможно, если допустить те или иные варианты проекции договорных правоотношений на третьи лица (такая модель часто используется в Германии для обхода ограничений на взыскание чистых экономических убытков в рамках деликтного права). В российской правоприменительной практике и науке контуры доктрины чистых экономических убытков еще только формируются. Первые публикации по этой теме только стали появляться. Более или менее достоверно оценить перспективы таких исковых требований можно будет только после того, как будет наработан существенный массив судебных актов и доктринальных исследований с подробным обоснованием того, почему в том ли ином случае чисто экономические убытки подлежат или не подлежат возмещению. Эти вопросы планируется подробнее раскрывать в рамках другого тома серии #Глосса, посвященного деликтному праву.

### ***1.3. Основания взыскания убытков: состоявшееся нарушение обязательства***

Другим классическим основанием для взыскания убытков является нарушение должником своего обязательства. «Нарушение обязательства» – это оборот речи. Нарушается обязанность, входящая в предмет обязательственного правоотношения как относительного правоотношения, в котором этой обязанности должника что-либо сделать или не делать противопоставляется право требования (приязание) кредитора.

Обязательство может возникнуть из договора, односторонней сделки, деликта, неосновательного обогащения и иного основания, указанного в законе. Чаще всего убытки взыскиваются на практике в связи с нарушением договорного обязательства. Поэтому многие ассоциируют правила гл. 25 ГК РФ с договорной ответственностью, но это не совсем корректно, так как данные правила касаются случаев возмещения убытков при нарушении обязательства, а последнее может возникнуть из различных оснований.

Ситуация с односторонней сделкой более или менее очевидна. Если, например, лицо связало себя обязательством в результате со-

вершения односторонней сделки (например, выдало независимую гарантию), оно отвечает за убытки при нарушении своего обязательства.

Далее попробуем разобраться с кондикцией. С одной стороны, из неосновательного обогащения возникает именно обязательство. С другой стороны, правила об обязательствах применяются к кондикционным обязательствам, если иное не следует из закона или существа обязательства (п. 2 ст. 307.1 ГК РФ). Можно ли из существа кондикционных обязательств вывести невозможность взыскания убытков в дополнение к собственно кондикционному требованию, если обогатившееся лицо уклоняется от удовлетворения такого требования? Вряд ли. Видимо, нет оснований блокировать возможность взыскания убытков в случае неправомерного уклонения обогатившегося лица от возмещения неосновательного обогащения. Другой вопрос состоит в том, когда мы констатируем нарушение кондикционного обязательства и возникает дополнительное охранительное обязательство по возмещению убытков. Видимо, речь тут должна идти о моменте, когда обогатившееся лицо узнало или должно было узнать о неосновательности своего обогащения и получило требование о его возврате. Если обогащение в такой ситуации не возвращается, налицо нарушение права кредитора, и возникают условия для привлечения обогатившегося лица к ответственности в виде возмещения убытков (в большинстве случаев без ущерба для самого основного кондикционного требования).

Что касается деликтного обязательства, то встает вопрос о том, являются ли убытки, возникающие в связи с отказом от добровольного удовлетворения требования потерпевшего о возмещении вреда согласно гл. 59 ГК РФ, неким дополнительным охранительным обязательством по возмещению убытков уже согласно правилам гл. 25 ГК РФ, или такие убытки должны увеличивать объем убытков, возмещаемых в рамках деликтной ответственности. Может показаться более простым решение, согласно которому тот факт, что делинквент добровольно не возмещает вред, причиненный личности или имуществу потерпевшего, просто увеличивает сам объем его деликтной ответственности на соответствующую величину. Хотя, если придерживаться строгой буквы ГК РФ, эти дополнительные убытки за нарушение обязательства возместить деликтный ущерб должны взыскиваться по правилам гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства. Это может иметь определенное значение, так как основания взыскания убытков по правилам гл. 25 и 59 ГК РФ различаются (в частности, в вопросе значения вины). Хотя следует признать, что вопрос этот плохо разработан в российском праве,



и нам никогда не встречался спор, в котором такие убытки за непогашение деликтного ущерба кто-либо пытался взыскать.

Наконец, в силу применения правил об обязательствах к требованию о реституции (п. 3 ст. 307.1 ГК РФ), видимо, можно говорить о допустимости взыскания убытков, возникших в связи с уклонением стороны от осуществления реституции. То же касается также и убытков, возникших у кредитора по имущественному требованию, вытекающему из корпоративных отношений (например, о выплате дивидендов или действительной стоимости доли при выходе участника из общества с ограниченной ответственностью). Но судебной практики высших судов по этим вопросам на данный момент нет.

В то же время вряд ли логично допускать взыскание убытков за неудовлетворение требования о возмещении убытков или об уплате неустойки, подлежащих возмещению, или уплате за нарушение какого-либо ранее существовавшего обязательства. Такие охранительные обязательства, производные от нарушения основного обязательства, также являются гражданско-правовыми обязательствами. Однако применение правил об ответственности в случае неисполнения таких производных охранительных обязательств создает опасность «дурной бесконечности» (бесконечного нагромождения одной меры ответственности на другую и мультипликации объема ответственности до бесконечности), что абсолютно нецелесообразно.

Итак, как мы видим, за некоторыми исключениями, если соответствующие юридические факты породили обязательственное правоотношение, но должник нарушает это обязательство, кредитор вправе потребовать возмещения убытков. Практически всегда речь идет на практике о возмещении убытков в связи с нарушением обязательства, проистекающего из договорного правоотношения. При этом сама соответствующая вытекающая из договорного правоотношения обязанность, нарушение которой дает право на возмещение убытков, может быть закреплена непосредственно в самом договоре, установлена в законе или ином правовом акте, вытекать из обычая (ст. 5, п. 1 ст. 6 ГК РФ), восполнить базовое обязательственное правоотношение за счет аналогии закона или аналогии права или вытекать из принципа добросовестности (п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 307 ГК РФ). Так, например, даже если условия договора не обязывают исполнителя получить необходимую для оказания услуг лицензию к моменту оказания услуг, такая обязанность подразумевается, и в связи с ее нарушением исполнитель обязан возмещать убытки своему контрагенту (п. 3 ст. 450.1 ГК РФ).

Обязанности, нарушение которых может повлечь возмещение убытков, могут лежать не только на той стороне, на которой лежит

основное обязательство, но и на кредиторе (кредиторские обязанности). Речь идет, например, об обязанности покупателя осуществить выборку товара на складе поставщика или заказчика – принять результат выполненных работ по акту, обязанности заказчика передать материалы для выполнения работ подрядчику или предоставить ему подлежащую ремонту вещь для выполнения ремонтных работ и т.п. За нарушение кредиторских обязанностей закон предусматривает также возмещение убытков (ст. 406 ГК РФ). Такие кредиторские обязанности тоже далеко не всегда предусмотрены прямо в договоре или законе – нередко они вытекают из доброй совести (например, обязанность кредитора-истца, получившего исполнение от одного из солидарных должников, немедленно инициировать прекращение исполнительного производства (см. п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54)).

Нарушение обязательства может состоять в неисполнении должного (в виде просрочки), ненадлежащем исполнении должного или в совершении действий в нарушение негативного обязательства.

Специально вопросы ответственности за нарушение обязательства регулируют правила гл. 25 ГК РФ.

Применительно к ответственности за нарушение обязательства следует разделять регулятивное обязательственное правоотношение и созревающее в случае его нарушения производное охранительное обязательство по возмещению убытков. Поэтому требование о присуждении должника к исполнению регулятивного обязательства (взыскание основного долга, присуждение к исполнению неденежного обязательства в натуре) не относится к категории ответственности, и в частности не является взысканием убытков. Не является взысканием убытков и возврат стороной договора того, что она предоставила нарушителю при расторжении договора в ответ на данное нарушение. См. подробнее подп. «г» п. 1.10 комментария к настоящей статье.

*(а) Соотношение договорного и деликтного режимов взыскания убытков*

То обстоятельство, что убытки за нарушение обязательства взыскиваются в связи с нарушением ранее существовавшего между сторонами обязательства, отличает такие убытки от убытков, взыскиваемых деликтным иском. В последнем случае возмещаются убытки, возникшие в связи с нарушением прав, или в ряде ситуаций чистые экономические убытки за рамками тех случаев, когда речь идет о нарушении обязательственного права пострадавшего самим должником.

Отличия в регулировании деликтной ответственности и ответственности за нарушение обязательства в ряде случаев достаточно

существенны. Так, в случае нарушения обязательства коммерсант несет строгую ответственность, не зависящую от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), в то время как в случае деликта по общему правилу ответственность преимущественно строится на началах вины, независимо от коммерческого или некоммерческого статуса причинителя вреда (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Другой пример: в силу ст. 403 ГК РФ должник по обязательству отвечает за действия любых третьих лиц, которых он привлек к исполнению обязательства; в то же время граждане или юридические лица отвечают перед пострадавшими за деликт, совершенный лишь своими работниками по трудовому договору, а за тех, кто был привлечен ими для выполнения тех или иных работ на основании гражданско-правового договора, они отвечают, только если при этом такие привлеченные лица действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического лица или гражданина и «под его контролем за безопасным ведением работ». Кроме того, различаются и стандарты митигации убытков, а также правила о смешанной вине (ср. ст. 404 и ст. 1083 ГК РФ) (см. подробнее п. 1.14 комментария к настоящей статье).

Иногда указывается также на то, что размер и условия возникновения договорной ответственности могут быть скорректированы в договоре (например, может быть исключено взыскание упущенной выгоды или для коммерсанта может быть установлен более мягкий режим ответственности только за вину), в то время как условия для привлечения к деликтной ответственности или размер таковой устанавливаются законом якобы императивно. Но здесь следует учитывать, что уже после того, как деликтное обязательство возникнет, ничто не мешает сторонам скорректировать его по соглашению (например, стороны могут определить размер компенсации или установить особый способ возмещения вреда). Вопрос о том, могут ли стороны возможного будущего деликтного правоотношения договориться заранее об ограничении такой ответственности, не вполне в законе прояснен и может вызывать споры. Как представляется, системное толкование закона, политико-правовые соображения, а также анализ зарубежного опыта позволяют прийти к выводу о наличии и такой возможности. Естественно, что здесь выделяется целый ряд исключений и ограничений, но такие исключения применимы и к случаям ограничения ответственности по договору. См. подробнее п. 1.11 комментария к настоящей статье.

Тем не менее и без этого аспекта отличия правового режима возмещения убытков достаточно существенны для того, чтобы вопрос о квалификации иска об убытках имел практическое значение.

Могут возникать и возникают сложные вопросы о конкуренции требования о возмещении убытков за нарушение обязательства и деликтного иска.

Проиллюстрируем эту проблему на примере. Представим себе, что собственник передал вещь на хранение. Вещь погибла в результате виновных действий хранителя. Потенциально взыскание убытков может быть обосновано как нарушением договора хранения и применением правил договорной ответственности хранителя, так и правилами деликтной ответственности, поскольку имущество собственника погибло в результате виновных действий причинителя вреда. Допустим ли выбор потерпевшим договорного режима взыскания убытков?

В отношении этой ситуации с договором хранения на то, что ответственность хранителя в случае гибели или порчи вещи опирается на нормы об ответственности за неисполнение обязательства, прямо указывает п. 1 ст. 901 ГК РФ, что подтверждается и судебной практикой (Определение СКГД ВС РФ от 10 июля 2018 г. № 66-КГ18-9; постановления Президиума ВАС РФ от 21 июня 2012 г. № 3352/12, от 17 октября 2006 г. № 7074/06, от 23 августа 2005 г. № 1928/05). Этот подход представляется верным, так как сама суть обязательств хранителя состоит в том, чтобы обеспечить сохранность вещи. Было бы странно, если бы его ответственность при нарушении этого обязательства не была договорной.

Тот же по сути вопрос возникает и при необеспечении подрядчиком сохранности материалов или вещи, переданной ему заказчиком для выполнения работ (ст. 714 ГК РФ), арендатором — сохранности переданного ему в аренду здания, комиссионером — сохранности переданного ему на комиссию товара и т.п.

Но может ли во всех подобных ситуациях истец выбрать не договорную, а деликтную квалификацию своего иска о взыскании убытков?

Спорным может быть и вопрос о том, является ли договорным или деликтным иск о возмещении убытков, возникших в связи с причинением побочного вреда имуществу или личности кредитора в результате дефектов в осуществленном должником предоставлении. Например, поставленная поставщиком партия скота оказалась зараженной опасным заболеванием и после доставки ее покупателю она спровоцировала заражение всего принадлежащего покупателю поголовья скота, за которым последовало вынужденное уничтожение или падеж всего этого скота.

Существующая судебная практика иногда квалифицирует такой иск о возмещении причиненного дефектами в осуществленном основном предоставлении (поставленном товаре, выполненных работах и т.п.)

побочного вреда имуществу кредитора, который является юридическим лицом, осуществляющим коммерческую деятельность, в качестве взыскания договорных убытков. Так, например, рассматривался спор, в рамках которого подрядчик выполнил строительные работы с дефектами, и в результате этих дефектов здание заказчика впоследствии возгорелось; здесь при взыскании возникшего в связи с этим ущерба имуществу встал вопрос о том, являются ли такие убытки подлежащими взысканию деликтным или договорным иском. Президиум ВАС РФ сделал однозначный выбор в пользу договорной квалификации, отвергнув право истца по своему выбору потребовать возмещения вреда по правилам деликтной ответственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 июня 2013 г. № 1399/13). В другом деле уже ВС РФ отнес к категории договорной ответственности взыскание с поставщика убытков, возникших в результате гибели принадлежащего покупателю скота из-за выявления заражения африканской чумой у той небольшой партии свиней, которую ему поставил данный поставщик (Определение СКЭС ВС РФ от 9 июня 2016 г. № 305-ЭС16-1712).

И это может показаться на первый взгляд логичным. В то же время в силу прямого указания в законе в случаях, когда лицом, чье имущество или здоровье пострадали в результате ненадлежащего качества товаров, работ или услуг, является потребитель или организация, заказывающая товары, работы или услуги не в целях осуществления коммерческой деятельности, ГК РФ недвусмысленно относит иск о возмещении убытков к категории деликтных (ст. 1095 ГК РФ). Из этого следует, что при возмещении, скажем, вреда здоровью пациента в результате некачественного оказания медицинских или косметических услуг, а также вреда квартире потребителя в результате возгорания купленного им дефектного гаджета такой вред возмещается в рамках правового режима деликтного притязания.

Насколько логично по-разному относиться к правовому режиму взыскания убытков в связи с причинением вреда имуществу или личности в зависимости от того, причинен ли вред в связи с договором, заключенным пострадавшим в потребительских или предпринимательских целях, вопрос спорный.

Другая ситуация возникает в тех случаях, когда сторона договора причиняет вред личности или имуществу контрагента не в результате дефекта в своем договорном предоставлении, а в результате тех или иных случайных действий в ходе исполнения договора. Например, представим ситуации, когда: а) наземные службы аэропорта при до-заправке самолета заказчика выполняют свое обязательство в полном

объеме, но случайно повреждают шасси самолета; б) слушатель платного семинара повышения квалификации юристов изрисовывает парту в аудитории образовательной организации или в) домашняя няня при оказании услуг присмотра за ребенком случайно разбивает дорогую китайскую вазу хозяев. Будет ли иск о возмещении ущерба относиться к категории договорной или деликтной ответственности?

Если договор прямо оговаривает обязанность лица воздерживаться от причинения какого-либо вреда имуществу кредитора при исполнении основных обязательств, видимо, взыскание убытков может подчиняться правилам ст. 393, 401 ГК РФ и иным нормам о договорной ответственности (а следовательно, в частности, не зависеть от вины должника-коммерсанта). Если же такого условия в договоре нет, решение становится менее ясным. Ответ на этот вопрос зависит от того, квалифицирует ли наше право в таких случаях обязанность контрагента воздерживаться от причинения вреда имуществу другой стороны в ходе исполнения обязанностей или осуществлении прав по договору в качестве подразумеваемого договорного обязательства, вытекающего из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) и являющегося в связи с этим составной частью договорного правоотношения в широком смысле, или оно готово вывести данные ситуации за рамки договорного правоотношения и подчинить нормам деликтного права. В целом ряде стран (например, Германия) право фингирует подразумеваемую договорную обязанность обеспечить безопасность (защитную обязанность) при исполнении основных обязательств, которая по умолчанию восполняет договорное правоотношение и нарушение которой влечет взыскание убытков по правилам договорной ответственности. Теоретически в свете появления в 2015 г. п. 3 ст. 307 ГК РФ такая опция открыта и в российском праве, но устоявшейся судебной практики по данному вопросу нет.

Еще одна глобальная проблема возникает в отношении природы ответственности директоров перед управляемыми ими организациями. Согласно ст. 53 и ст. 53.1 ГК РФ лица, действующие от имени организации, а также члены коллегиального органа управления такой организации несут перед ней гражданскую ответственность и обязаны возмещать убытки в случае нарушения обязанностей действовать в интересах организации разумно и добросовестно. Но является ли такая ответственность за нарушение указанных обязанностей деликтной или вытекающей из нарушения обязательства? Споры по этому вопросу до сих пор продолжаются, но, как представляется, верность второго подхода очевидна. Между директором и организацией существует относительное правоотношение, основанное на тех или иных сделках

(корпоративных решениях, трудовом договоре и т.п.), порождающее взаимные права и обязанности и предполагающее нередко оплату соответствующих управленческих услуг. В таких условиях говорить о деликте и очередном примере взыскания чистых экономических потерь несколько сложно. Соответственно, речь идет об ответственности, к которой логично применять правила гл. 25 ГК РФ, а не гл. 59 ГК РФ (при этом логично исходить из того, что данная ответственность основана на вине (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ)). В пользу этого свидетельствует и п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, позволяющий применять общие положения об обязательствах к требованиям, возникшим из корпоративных отношений. Но существует и обратная точка зрения.

В указанных выше, а также в целом ряде иных подобных случаев конкуренции деликтного и договорного режимов взыскания убытков мы сталкиваемся с концептуальным вопросом о том, должно ли право допускать доступность пострадавшему лицу двух самостоятельных и содержательно различающихся правовых режимов одного и того же по существу материального требования. Если да, то выбор между одной из двух правовых квалификаций соответствующего материального требования отдается на откуп пострадавшему лицу, который волен выбрать ту правовую квалификацию, которая ему покажется более удобной. Если нет, то право должно определить, какая из правовых квалификаций в каждом из описанных выше случаев правильная, и предписывать истцам использовать именно ее, не допуская произвольный выбор правового основания иска.

Этот концептуальный вопрос конкуренции исков в нашем праве однозначно не решен (см. п. 18 комментария к ст. 12 ГК РФ); в контексте конкуренции договорной и деликтной моделей взыскания убытков мы сталкиваемся с одним из его самых актуальных с практической точки зрения проявлением. Пострадавший хочет взыскать убытки, но нередко случается, что один и тот же фактический состав может отвечать признакам как ответственности за нарушение обязательства, так и деликта в случае, если обстоятельства позволяют квалифицировать случившееся и как деликт, и как нарушение обязательства; в такой ситуации либо пострадавший волен выбрать то правовое основание иска, которое более удобно для него, либо в каждом конкретном случае имеется единственно верная правовая квалификация, а использование другой является попыткой обойти специальные нормы, составляющие правовой режим применимого варианта взыскания убытков.

Этот вопрос решается в разных странах по-разному. Для французского права характерен принцип некумуляции договорного и деликтного исков (*principe de non-cumul des responsabilités contractuelle*

et délictuelle): согласно ему, за рядом исключений, деликтный иск невозможен там, где есть основания для взыскания убытков за нарушение договора. В немецком и английском же праве допускается менее или более свободный выбор между деликтным и договорным квалификациями иска об убытках.

В российской правоприменительной практике встречается мнение о том, что произвольный выбор между деликтным и договорным режимами взыскания убытков недопустим, и договорный иск должен вытеснять деликтный (см. постановления Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. № 13817/13, от 18 июня 2013 г. № 1399/13). Этот подход, взятый за общее правило, в целом заслуживает поддержки. Закон не ограничивает возможность выбора способа защиты нарушенных гражданских прав (см. Постановление КС РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П), но если истец выбрал такой способ защиты права, как взыскание убытков, автономия воли не предполагает свободу выбора одного из двух конкурирующих правовых режимов реализации этого способа защиты. В ряде случаев выбор деликтного или договорного иска подчас принципиально влияет на шансы взыскать компенсацию. Иногда от выбора иска будет полностью зависеть исход дела. Было бы странно, что право для одной и той же ситуации и одного и того же способа защиты права допускает параллельное существование двух разных и противоречащих друг другу комплектов правовых норм, выбор одного из которых предоставляется истцу.

В то же время, во-первых, нельзя не отметить, что полной ясности в вопросе реализации у нас французской или англо-немецкой модели решения вопроса конкуренции правовых режимов убытков в судебной практике нет. Так, в Определении СКГД ВС РФ от 22 сентября 2015 г. № 66-КГ15-10 Суд допустил выбор истцом (потребителем, заказавшим коммерсанту выполнение работ по захоронению и столкнувшимся с тем, что подрядчик в ходе выполнения работ повредил находящийся рядом с местом захоронения и принадлежащий тому же заказчику цветник) правового основания взыскания убытков по собственному разумению: деликтное притязание или договорный иск о взыскании убытков в связи с дефектным выполнением работ.

Во-вторых, как мы видим, в ряде случаев закон прямо отдает приоритет деликтной квалификации иска об убытках при нарушении договора. В таких случаях опять же, если мы концептуально отказываемся от возможности произвольного выбора правовой квалификации иска, нам не остается ничего иного, кроме как смириться с тем, что в данном конкретном случае ответственность носит деликтную природу, и апелляция к нормам договорной ответственности необоснованна.



В общем и целом вопрос о разграничении договорной и деликтной ответственности далеко не всегда имеет очевидное решение и заслуживает более глубокой проработки.

См. подробнее о конкуренции правовых режимов требований подп. «е» п. 18 комментария к ст. 12 ГК РФ.

*(б) Ответственность за нарушение договорной гарантии*

В определении обязательства в ст. 307 ГК РФ законодатель вводит в предмет обязательства определенное поведение должника (что-либо сделать или не делать). На практике очень часто такие обязательства, опосредующие экономическое предоставление, дополняются гарантиями в отношении тех или иных характеристик осуществляемого предоставления. Например, продавец обязуется совершить действия по передаче покупателю в собственность индивидуально-определенного автомобиля, который обладает заявленными в договоре или закрепленными в законе качественными и правовыми характеристиками (например, имеет определенный пробег, не был в аварии, не арестован и не обременен иными правами третьих лиц). При продаже акций компании продавец может дать и на практике обычно дает покупателю заверения в отношении определенных характеристик компании, акции которой отчуждаются. Такие заверения в подобных случаях входят в сам предмет обязанности как некоего поведенческого акта. В описанных случаях продавец обязуется совершить действия по передаче автомобиля, обладающего определенными характеристиками, или акций компании, которая, в свою очередь, обладает определенными характеристиками. Такие заверения (гарантии) неотделимы от обязательства, а ответственность за несоответствие реального произведенного в рамках исполнения обязательства предоставления зафиксированным в законе или договоре гарантиям подчиняется общим правилам об ответственности за нарушение обязательства (ст. 393, 401 ГК РФ и др.). Ответственность продавца на случай передачи вещи с теми или иными пороками в титуле (например, при наличии обременений, которые должны были отсутствовать), а также на случай передачи вещи без переноса собственности (в силу отсутствия собственности у самого продавца) и последующей эвикции купленной вещи у покупателя также логично рассматривать как примеры ответственности за нарушение обязательства: продавец был обязан передать покупателю вещь и перенести на него собственность на данную вещь, если вещь передана во владение, но собственность к покупателю не перешла — налицо нарушение обязательства. При этом при эвикции сам возврат цены следует считать не убытками, а восстановлением эквивалентности в связи с разрывом договора, к которому должны в силу ст. 453

ГК РФ применяться правила о неосновательном обогащении, если иное не вытекает из закона, договора или существа отношений. Убытками же будут дополнительные потери покупателя, образовавшиеся в связи с тем, что его позитивный интерес в получении вещи в собственности был подорван. См. подробнее о соотношении института убытков и ответственности за эвикцию подп. «д» п. 10 комментария к настоящей статье ниже.

Но иногда встречаются случаи, когда подобные гарантии сопровождают некое имущественное предоставление по договору, но при этом не «прикрепляются» к некоей обязанности что-либо сделать или не делать. Например, по договору возмездной уступки обязательственного права (требования) чаще всего никакого обязательства передать это право не возникает, а право переходит в момент заключения договора (п. 2 ст. 389.1 ГК РФ), но в то же время cedent гарантирует цессионарию, что уступаемое право действительно, и может гарантировать ряд других его характеристик (например, то, что это право не заложено или само обеспечено залогом). Другой пример: при продаже движимой вещи, уже находящейся во владении покупателя (например, когда эта вещь ранее находилась у покупателя на правах аренды), продавец не берет на себя какое-либо обязательство что-либо делать или не делать, а самим фактом заключения договора купли-продажи совершает распорядительное волеизъявление (распорядительную сделку), непосредственно переносящее право собственности на покупателя, но это не отменяет тот факт, что продавец гарантирует покупателю, что вещь обладает определенными качественными характеристиками, не заложена, не обременена иными правами третьих лиц и т.п. Такие ситуации нередко возникают и при заключении реальных договоров. Так, например, по реальным договорам займа родовых вещей у займодавца нет обязательства передать вещь, но в то же время он гарантирует заемщику определенные качественные характеристики передаваемых вещей. Другой пример: у должника нет обязательства передать отступное, но ответственность за дефекты в предоставленном имуществе должник нести все же должен.

В подобных случаях гарантии определенных характеристик предоставления не только не сопровождают обязательство, но и сами обязательствами не являются (так как в их содержание не входит тот или иной поведенческий акт). Соответственно, при буквальном прочтении содержащегося в п. 1 ст. 307 ГК РФ определения обязательства к таким гарантиям правила об обязательствах не применяются. Но в то же время очевидно, что в случае выявления ложности таких гарантий и ненадлежащего качества осуществленного предоставле-

ния должна наступать ответственность. Так как буква ст. 393 ГК РФ, а также ряда других статей ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства (например, ст. 401 ГК РФ) предполагает ответственность в виде возмещения убытков только на случай нарушения обязательства, ответственность за предоставление таких ложных гарантий на первый взгляд лишается универсальной нормативной основы.

Возможны различные варианты решения этой догматической проблемы. Во-первых, можно формировать в российском праве некий новый институт договорных гарантий и ответственности за их недостоверность, к которому правила об ответственности за неисполнение обязательства будут применяться по аналогии закона. Во-вторых, можно представить и вариант с фикцией возникновения и исполнения обязательства: при такой интерпретации договор будет считаться порождающим обязательство осуществить распоряжение, которое через логическую секунду исполняется путем распорядительной сделки. В-третьих, согласно новой редакции ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., правовой основой для ответственности за недостоверность гарантий качественных характеристик предоставления в указанных случаях может теоретически стать ответственность за предоставление ложных заверений по правилам ст. 431.2 ГК РФ. Выбор российского права пока не вполне очевиден. Но взыскание в таких ситуациях убытков по модели аналогичной ответственности за нарушение обязательства не должно вызывать никаких сомнений. Вопрос лишь в догматическом обосновании.

#### ***1.4. Основания взыскания убытков: предвидимое нарушение обязательства***

Норма п. 2 ст. 328 ГК РФ предусматривает правовой режим отказа от договора в ситуации, когда должник свое обязательство еще не нарушил, но возникли обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такое нарушение произойдет в будущем. Речь, конечно же, идет о таких ситуациях, при которых будущее нарушение не предопределено, но наступит с очень высокой вероятностью. При этом предвидеться должно именно существенное нарушение договора, которое, в случае если бы оно произошло, давало бы кредитору право на расторжение договора. Типичным примером является заявление самого должника о том, что он не собирается исполнять договор или не сможет его исполнить в положенный срок. Но могут быть и иные ситуации, при которых еще до наступления срока исполнения будущее существенное нарушение становится очень вероятным.

Кредитор может превентивно отказаться от договора в связи с возникновением такого предвидимого существенного нарушения

(anticipatory breach). Такое же право признается и во многих зарубежных странах и актах международной унификации частного права (ст. III.—3:504 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА, ст. 72 Венской конвенции 1980 г.). Но закон идет дальше и в п. 2 ст. 328 ГК РФ дает такому кредитору, который отказывается от договора в ответ на возникновение ситуации предвидимого нарушения, еще и право на взыскание убытков. Ряд других специальных норм ГК РФ эту идею развивает. Так, согласно п. 2 ст. 715 ГК РФ, если подрядчик выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков.

Получается, что закон приравнивает реальное нарушение обязательства к возникновению обстоятельств, очевидно свидетельствующих о предвидимом нарушении, и предусматривает основание для взыскания убытков при отсутствии формального правонарушения.

См. подробнее о праве на отказ от договора при предвидимом нарушении комментарий к п. 2 ст. 328 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

### ***1.5. Основания взыскания убытков: предоставление недостоверных заверений***

Статья 431.2 ГК РФ закрепляет ответственность стороны договора за предоставление недостоверных заверений об обстоятельствах другой стороне в связи с заключением договора. Заверение — это утверждение о фактах, которые либо были в прошлом, либо имеются на момент предоставления заверения. Предоставление заверения является своеобразной сделкой (условием договора), в которой одно лицо гарантирует другому лицу достоверность неких имеющих значение для заключаемого между ними договора обстоятельств и берет на себя бремя возмещения убытков, которые могут возникнуть у другой стороны в случае, если такие заверения окажутся ложными. Основной инструмент такой ответственности — возмещение убытков, но из закона следует и целый ряд других средств защиты (взыскание неустойки, отказ от договора, оспаривание сделки и др.).

Заверения могут касаться как объекта предоставления по договору (например, заверения в отношении характеристик общества, акции или доли которого продаются), но в таких ситуациях заверения в боль-

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 198—209 (автор комментария к ст. 328 — А.Г. Карапетов).

шинстве случаев перетекают в фиксацию предмета обязательства через установление гарантии соответствия передаваемого или подлежащего передаче в будущем имущества описанным в заверениях характеристикам, а следовательно, взыскание убытков будет строиться на основании общих правил об ответственности за нарушение обязательства (условий о качестве). Покупатель в этом случае сможет воспользоваться не только механизмом взыскания убытков, но и иными средствами защиты, закрепленными в правилах ГК РФ о купле-продаже и ответственности продавца за качество товара (включая положение ст. 475 ГК РФ о праве требовать соразмерного снижения цены при передаче дефектного товара). Если продавец заверяет покупателя о том, что подлежащая продаже машина не была в аварии, такое утверждение о факте по умолчанию подразумевает и обязательство продавца передать через оговоренный срок машину, которая не была в аварии. То же касается и ситуации предоставления продавцом заверений в отношении налоговой задолженности компании, акции или доли которой продаются (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Таким образом, если на момент заключения договора заверение было достоверно, но к моменту передачи товара или переоформления акций произошли авария автомобиля или изменение размера задолженности компании, акции которой продаются, можно говорить о нарушении обязательств в отношении качества товара. Покупатель может потребовать возмещения убытков и (или) соразмерного уменьшения цены, а также применения иных средств защиты, установленных в ст. 475 ГК РФ и общих положениях ГК РФ о последствиях нарушения договорного обязательства.

Но эта трансформация заверения об объекте договорного предоставления как утверждения о факте в обязательство по качеству имущества лишь презюмируется — обратное может вытекать из прямого указания или смысла договора. Например, в договоре с длительной отсрочкой передачи вещи (например, опционе на покупку доли в ООО) продавец может дать покупателю заверения в отношении подлежащего отчуждению имущества с гарантией достоверности данной информации на момент заключения договора, но не гарантировать, что к моменту передачи некоторые из указанных в заверениях характеристики сохранятся. В такой ситуации будет заверение и возмещение убытков при их недостоверности на момент предоставления, но не будет никакого обязательства передать имущество с указанными характеристиками, равно как и ответственности за нарушение такого обязательства. Ответственность в виде возмещения убытков будет наступать за сам факт предоставления ложных заверений.

Но заверения могут касаться и тех обстоятельств, которые не являются характеристикой предмета того или иного обязательства или предоставления (например, заверения в отношении самого контрагента, его финансового положения, структуры акционерного капитала, наличия лицензий, а также заверения в отношении отсутствия необходимости получения согласия на совершение сделки третьих лиц или иных органов управления данного контрагента и т.п.). Подобные заверения не являются обязательствами в смысле, который вытекает из определения обязательства согласно ст. 307 ГК РФ, и в них по умолчанию не перетекают. Если заемщик заверил банк об отсутствии налоговых долгов в момент заключения договора кредитной линии и прямо не брал на себя никаких обязательств на будущее, на момент предоставления такого заверения информация была достоверна, но перестала быть таковой впоследствии, заемщик никакие убытки возмещать не должен. В такой ситуации, если обязательство на будущее прямо не согласовано, мы имеем просто гарантию достоверности предоставленной информации на момент ее предоставления. Охранительное обязательство по возмещению убытков здесь вытекает не из нарушения некоего ранее возникшего регулятивного обязательства, а из самого факта недостоверности заверений (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Сторона, предоставившая ложные заверения в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, обязана в силу ст. 431.2 ГК РФ возместить убытки независимо от того, знала ли эта сторона о том, что сообщает недостоверную информацию, и должна ли была она об этом знать. Ответственность коммерсанта за предоставление недостоверных заверений по общему правилу не зависит от вины. То же и в случаях, когда заверения предоставлялись любым лицом в связи с заключением договора на отчуждение акций или доли в ООО или заключением корпоративного договора. Остальные заверители отвечают по общему правилу на началах вины, т.е. возмещают убытки на случай умышленного или неосторожного предоставления недостоверных заверений.

Если доказано, что реципиент заверений точно знал о недостоверности заверений, взыскание убытков с заверителя невозможно, так как противоречит ст. 10 ГК РФ, а само предоставление заверения в случае, если точное знание реципиента сочетается с умыслом заверителя, выглядит как мнимая сделка. Но если реципиент лишь неосторожен (поверил в заверения, имея возможность перепроверить полученную в рамках заверений информацию), то при столкновении с умышленно лгущим заверителем побеждает неосторожный реципиент (п. 35 Поста-

новления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49), так как в споре мошенника и неосторожного реципиента побеждать должен последний. Как представляется, убытки должны взыскиваться и в ситуации, когда оба контрагента были неосторожны: один невольно сообщил неправду, имея все возможности знать правду, а другой неосторожно положился на предоставленные заверения, имея возможность их перепроверить. Смысл заверений именно в том, чтобы не перепроверять полученную информацию и не тратить на это время и средства.

Более подробный разбор института договорных заверений выходит за рамки настоящего комментария.

### ***1.6. Основания взыскания убытков: правомерное поведение***

Статья 15 ГК РФ говорит о возмещении убытков при нарушении субъективного права. Речь идет о нарушении абсолютного имущественного или личного неимущественного права, а также права относительной природы (например, обязательственного права). Как было показано, в ряде случаев взыскание убытков возможно в ситуации, когда право истца не было нарушено, но убытки возникли в связи с неправомерным поведением ответчика (так называемые чистые экономические убытки). Также выше было отмечено, что иногда закон допускает взыскание убытков в ситуации, когда правонарушения еще нет, но возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что оно произойдет в будущем (п. 2 ст. 328 ГК РФ). Но в ряде случаев закон предусматривает возмещение убытков не только вне всякой связи с состоявшимся или предвидимым нарушением права, но и в принципе при отсутствии неправомерности поведения ответчика. По общему правилу никакие убытки в таких ситуациях не подлежат возмещению, но иногда закон устанавливает исключения.

Так, например, в силу ст. 717 ГК РФ заказчик по договору подряда имеет право произвольно отказаться от договора, но в таком случае обязан возместить подрядчику убытки, включая упущенную выгоду (в пределах цены договора).

Другой пример: иногда закон прямо предусматривает возмещение ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов. Эта возможность упомянута в ст. 16.1 ГК РФ. Так, согласно ч. 2 ст. 18 Федерального закона от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму» «[в]озмещение вреда, причиненного при пресечении террористического акта правомерными действиями, осуществляется за счет средств федерального бюджета в соответствии с законодательством Российской Федерации в порядке, установленном Правительством Российской Федерации». Согласно ст. 306 ГК РФ «[в] случае принятия Российской Федерацией закона, прекращающего

право собственности, убытки, причиненные собственнику в результате принятия этого акта, в том числе стоимость имущества, возмещаются государством». См. также п. 37 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции». Другие примеры см. в комментарии к ст. 16.1 ГК РФ.

В подобного рода случаях возмещение убытков выступает не в качестве меры ответственности за деликт или нарушение обязательства либо иное неправомерное поведение, а в качестве особого механизма компенсации потерь.

Когда стороны договора согласовывают возмещение потерь не в связи с нарушением договора или предоставлением недостоверных заверений, а в связи с наступлением в будущем тех или иных обстоятельств или теми или иными правомерными действиями одной из сторон, закон предписывает называть это не возмещением убытков, а возмещением имущественных потерь. Здесь применяются правила ст. 406.1 ГК РФ. Соответственно, если стороны решили установить в договоре возмещение убытков одной из сторон за счет другой вне контекста нарушения договора последней, судам следует квалифицировать такое условие как соглашение о возмещении потерь. Впрочем, данная статья не устанавливает правило об определении размера и типа таких потерь. В целях восполнения данного пробела, если сами стороны установили основание для возмещения потерь, но четко не оговорили, какие потери они имеют в виду, можно по аналогии применять правила ст. 15 ГК РФ, согласно которым возмещаются реальный ущерб и упущенная выгода. См. подробнее о возмещении потерь подп. «з» п. 1.10 комментария к настоящей статье.

Возможно ли обнаружение основания для возмещения убытков при совершении правомерных действий в тех случаях, когда ни закон, ни договор не дают к тому оснований? Как представляется, по общему правилу ответ должен быть отрицательным. Но нельзя не признать, что в ряде случаев ВС РФ такие случаи обнаруживает. Например, согласно п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 третье лицо, давшее предварительное согласие на совершение сделки, вправе отозвать его, уведомив стороны сделки до момента ее совершения, но при этом ВС РФ указывает, что лицо, реализовавшее свое секундарное право на отзыв предварительно данного согласия, должно возместить сторонам их убытки, вызванные таким отзывом. ВС РФ просто ссылается на ст. 15 ГК РФ, но никак не объясняет, из какого правового основания вытекает обязанность возместить убытки, ведь здесь нет ни правонарушения, ни какого-либо указания закона на сей счет. Видимо, ВС РФ использует аналогию закона и применяет



здесь к отношениям сторон переговорного процесса и третьего лица, чье согласие испрашивается, принципы преддоговорной ответственности (ст. 434.1 ГК РФ). Из этого, в частности, может следовать, что подлежит возмещению лишь негативный договорный интерес (прежде всего расходы на переговоры и подготовку сделки). Сама идея установить на уровне практики ВС РФ генеральное правило о праве отзыва предварительно данного согласия с оговоркой о необходимости возмещения убытков вызывает вопросы, которые здесь не место обсуждать (см. подробнее комментарий к ст. 157.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>). Нам здесь важен сам пример выведения основания для возмещения убытков при правомерном поведении ответчика не из буквы закона, а в режиме прямого судебного правотворчества.

Другой пример: в том же Постановлении Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 (абзац первый п. 49) закреплена следующая правовая позиция: «Ранее данное согласие гражданина на использование его изображения может быть отозвано в любое время. При этом лицо, которое обладало правом на использование данного изображения, может потребовать возмещения причиненных ему таким отзывом убытков (статья 15 ГК РФ)».

Видимо, следует признать, что в каких-то исключительных ситуациях выведение из аналогии закона или общих принципов права обязанности возместить убытки в ситуации, когда они возникают в результате правомерного поведения ответчика, возможно.

### ***1.7. Модель расчета убытков***

Комментируемая норма требует полного возмещения убытков. Но здесь важен выбор той модели, по которой должен строиться расчет убытков. Этот выбор не менее важен, чем правовая квалификация убытков в качестве реального ущерба или упущенной выгоды, о которых речь пойдет в комментарии к п. 2 настоящей статьи.

Общее правило строится на том, чтобы за счет денежной компенсации поставить истца в то положение, в котором он находился бы, если бы не возникал тот юридический факт, который провоцирует возникновение убытков.

#### ***(а) Деликт и преддоговорная ответственность***

В контексте деликта полное возмещение убытков должно поставить пострадавшего в то материальное положение, в котором он находился бы, если бы деликт не состоялся. Это значит, что будут возмещены

---

<sup>1</sup> Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 154–197 (автор комментария к ст. 157.1 – А.А. Громов).

расходы, которые пострадавший не понес бы, если бы не состоялся деликт (например, расходы на лечение или ремонт поврежденного имущества), упущенная выгода (например, в виде утраты заработка или иных доходов).

В контексте недобросовестного ведения переговоров деликтная ответственность направлена на то, чтобы за счет возмещения убытков поставить пострадавшего в то положение, в котором он оказался бы, если бы вовсе не вступил в переговоры (п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В данном случае среди прочего взыскиваются расходы, понесенные в связи с ведением переговоров, подготовкой договора (например, расходы на переводчиков, юристов и *due diligence*). Теоретически может взыскиваться и выгода, которую истец мог определенно извлечь из иного источника, если бы не вел переговоры. Статья 434.1 ГК РФ об этом не говорит, упоминая лишь расходы, но указанное Постановление Пленума ВС РФ допускает взыскание любых убытков в связи с утраченными возможностями, и первые судебные решения нижестоящих судов о взыскании такой упущенной выгоды в контексте преддоговорной ответственности уже имеются.

Например, покупатель, заинтересовавшись выгодным предложением купить объект недвижимости по относительно низкой цене, был в самом начале переговоров введен в заблуждение собственником по поводу характеристик предлагаемой к покупке недвижимости (например, ему сообщили, что все права на объект недвижимости оформлены надлежащим образом). Покупатель потратил на интенсивные переговоры и аудит приобретаемой недвижимости несколько недель, прежде чем узнал, что ему соврали и предлагают купить самовольную постройку. За это время покупатель не только понес тщетные расходы, но мог упустить и некоторые бизнес-возможности (например, он в надежде на заключение данного договора по выгодной цене не стал реализовывать свое право по опциону или предварительному договору на заключение альтернативного договора по более высокой цене, которое он неминуемо реализовал бы, если бы не был нечестным путем втянут в переговоры по покупке данной недвижимости). Теоретически здесь может возникать вопрос компенсации за утрату таких возможностей по правилам о взыскании упущенной выгоды – не выгоды, упущенной в связи с тем, что договор, по которому велись переговоры, не был заключен и исполнен, а выгоды, которую пострадавшее лицо могло бы извлечь из альтернативного источника, если бы не было втянуто в переговоры с недобросовестным лицом.

Доказать утрату такой выгоды и ее реальность крайне сложно, но в некоторых исключительных ситуациях подобное развитие со-

бытий, видимо, возможно и иногда в практике нижестоящих судов допускается. Это касается прежде всего тех случаев, когда у пострадавшего контрагента был некий альтернативный договор, дающий ему возможность получить некий доход, но он не воспользовался этой возможностью или расторг такой договор, рассчитывая на заключение более выгодного договора с тем лицом, с которым велись переговоры. Здесь можно привести такой гипотетический пример. Лицо вело переговоры по заключению договора аренды лишь для вида с целью выманить ту или иную информацию у потенциального арендодателя, заведомо зная о том, что договор заключать с ним не собирается, а потенциальный арендодатель, положившись на кажущуюся вполне реальной перспективу заключения этого договора и уверения первой стороны о том, что сделка вот-вот будет заключена и осталось согласовать мелочи, не перезаключил на новый срок договор на прежних условиях с текущим арендатором (который выражал намерение это сделать), дабы освободить здание для передачи в аренду новому арендатору, а впоследствии столкнулся с неожиданным отказом последнего от заключения договора. В такой ситуации теоретически мыслимо взыскание упущенной выгоды в виде неполученной арендной платы по непереключенному договору за период с момента прекращения переговоров и до момента нахождения нового арендатора.

Впрочем, вопрос о том, действительно ли уместно взыскивать упущенную выгоду в связи с утратой возможности получить доход из альтернативных источников в рамках преддоговорной ответственности, является достаточно спорным (см. подробнее комментарий к ст. 434.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>).

При оспаривании сделки по причине обмана, неосторожного введения в заблуждение или применения насилия или угроз в силу ст. 178 и 179 ГК РФ сторона, которая испытала на себе указанные неправомерные методы «переговоров» и оспаривает сделку, имеет право привлечь другую сторону к ответственности в виде возмещения убытков по той же модели. Помимо расходов на переговоры, здесь могут взыскиваться расходы, понесенные пострадавшим лицом на основе доверия к факту заключения договора (например, издержки на подготовку и осуществление собственного исполнения, принятие исполнения от контрагента и т.п.). Проблема с упущенной выгодой в связи с утраченной возможностью извлечь доход из альтернативного источника здесь

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 1005–1014 (автор комментария к ст. 434.1 – А.Г. Карапетов).

также встает. Причем оснований для такого взыскания в подобного рода случаях намного больше, чем в ситуации с некоторыми иными случаями недобросовестного ведения переговоров. Более того, в случае введения в заблуждение, обмана или угроз намного вероятнее утратить реальные альтернативные возможности извлечь выгоду. Например, собственник был принужден к продаже здания по заниженной цене в результате угроз возбуждения необоснованного уголовного дела и помещения в СИЗО; при этом, так как от него требовали отчуждения здания очищенным от прав третьих лиц, собственник был вынужден воспользоваться своим правом отказаться от договора аренды с текущим арендатором; после того как реальная угроза отпала (например, преступники были сняты с должностей и потеряли рычаги давления), продавец эффективно оспорил договор по п. 1 ст. 179 ГК РФ. В такой ситуации он может потребовать от покупателя, если доказано, что незаконные угрозы исходили от него или привлеченных им лиц, не только возврата здания в порядке реституции, но и возмещения упущенной выгоды в виде тех арендных платежей, которые он мог бы получать все это время, если бы не был вынужден расторгнуть договор с текущим арендатором и заключить данный договор купли-продажи здания под давлением.

В подобных ситуациях, когда убытки в связи с недобросовестным ведением переговоров или эффективным оспариванием сделки направлены на то, чтобы поместить пострадавшего в то положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры и не совершал оспоренную сделку, принято говорить о возмещении *негативного договорного интереса*.

*(б) Ответственность за нарушение обязательства*

Для понимания модели полного возмещения убытков на случай нарушения обязательства необходимо обратиться к абзацу второму п. 2 ст. 393 ГК РФ. Там закреплена модель компенсации так называемого *позитивного договорного интереса*: возмещение убытков за нарушение обязательства в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Это кардинально отличается от вышеописанной модели компенсации так называемого негативного договорного интереса. Это достаточно традиционное решение. О том же говорит ст. III.–3:702 Модельных правил европейского частного права.

Обязательственное правоотношение означает наличие у кредитора имущественного права, и нарушение должником данного права лишает кредитора того, на что он имел право рассчитывать. Многие

юристы и философы выступали с позицией о том, что при нарушении обязательства убытки кредитора должны рассчитываться по модели защиты негативного интереса (как и в деликте), и кредитор вправе рассчитывать на возврат того, что он сам передал должнику, и возмещение своих понесенных на основе доверия к контракту издержек, но кредитор не должен иметь возможность взыскания с должника денежного эквивалента обещанного реального исполнения, поскольку такое возмещение не восстанавливает *status quo*, не соответствует идее корректирующей справедливости, а вручает кредитору то, чего у него не было. Но такие воззрения в итоге были отвергнуты, и сейчас все известные развитые правовые порядки вручают кредитору возможности защиты своего позитивного договорного интереса за счет взыскания убытков, которые поставят его в такое же положение, в котором он находился бы, если бы договор был надлежащим образом исполнен (а многие дают ему еще и возможность защиты позитивного интереса за счет понуждения должника к исполнению обязательства в натуре). Анализ аргументов, которые обосновывают именно такое решение, выходит за рамки настоящего комментария. Следует сказать, что в научном плане вопрос до сих пор дискутируется за рубежом в рамках публикаций по теории договорного права.

Защита позитивного интереса за счет взыскания убытков предполагает, что кредитор может, во-первых, взыскать свои издержки, которые он понес или неизбежно понесет в связи с нарушением, но не понес бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом (реальный ущерб). Это, например, расходы на устранение дефектов в поставленном товаре или расходы, связанные с оплатой простоя судна в ожидании задержанной поставщиком отгрузки: если бы товар был поставлен без дефектов, покупатель не нес бы расходы на ремонт, а если бы груз был доставлен в порт вовремя, ему не пришлось бы оплачивать простой судна. Во-вторых, защита позитивного интереса предполагает возможность взыскания упущенной выгоды: в данном случае речь идет о возмещении доходов, которые кредитор мог бы получить, но не получил в результате нарушения. Если в рамках защиты негативного интереса при оспаривании договора обсуждается вопрос о взыскании выгоды, которую истец мог извлечь из некоего альтернативного источника, но не извлек из-за того, что был втянут в данный впоследствии аннулированный договор или в переговоры по его заключению, то в рамках защиты позитивного интереса речь идет о выгоде, которая могла бы быть получена в случае надлежащего исполнения своего обязательства должником, но не была получена из-за нарушения.

Как мы видим, разграничение убытков по критерию защиты негативного и позитивного договорного интересов не следует смешивать с классификаций убытков на реальный ущерб и упущенную выгоду, хотя такую ошибку некоторые юристы и совершают, ассоциируя упущенную выгоду с позитивным интересом, а реальный ущерб с негативным.

Но отраженный сейчас в ст. 393 ГК РФ и доминирующий в зарубежном праве тезис о том, что ответственность за нарушение обязательства строится по модели защиты позитивного интереса, осложняется тем, что иногда кредитору в связи с нарушением обязательства логичнее требовать защиты не позитивного, а негативного интереса, а право ряда стран (например, Германии, английское право, право многих штатов США) дает кредитору такую возможность.

Речь идет о ситуации, когда кредитор, столкнувшийся с существенным нарушением договора со стороны должника и правомерно в ответ расторгнувший договор, вместо взыскания убытков, рассчитанных по модели позитивного интереса (например, по правилам ст. 393.1 ГК РФ), решает потребовать взыскания своих расходов, тшечно понесенных на заключение договора, и на основе доверия к заключенному договору и веры в его исполнение должником. Это, например, расходы на *due diligence*, на приготовление своего исполнения, приготовление к приемке исполнения, расходы на закупку материалов или заказ каких-либо услуг, приобретающих экономический смысл только в случае реализации программы договорных отношений с данным должником и теряющих смысл в случае разрыва контракта, а также иные «инвестиции», которые кредитор не осуществил бы, если бы не верил в то, что договор будет исполнен. Если бы договор был исполнен должником, кредитор все равно понес бы эти расходы, поэтому здесь речь не идет о позитивном договорном интересе. Тут защищается интерес негативный. И в ряде случаев такой способ расчета убытков при нарушении и расторжении в связи с этим договора более прост, чем расчет убытков по позитивной модели, и кажется допустимым. Это прежде всего касается случаев, когда расчет убытков по позитивной модели затруднен (например, когда у кредитора был некоммерческий интерес в заключении и исполнении договора или когда упущенная выгода от срыва контракта трудно определима из-за того, что кредитор планировал использовать полученное в производственной деятельности, а не в целях моментальной перепродажи, а проекция точных ожидаемых чистых доходов на будущее и доказывание перспективной рентабельности этого бизнеса затруднены).

Допустим, что подрядчик сорвал установку сцены, установленной мэрией города в связи с тем или иным праздником, на общедоступном

концерте или на политическом митинге. Концерт прошел, и заключить заменяющую сделку организатор не успел (поэтому рассчитать убытки по формуле конкретной ценовой разницы не получится), рыночная цена на такие «услуги» соответствует цене договора (поэтому формула абстрактной ценовой разницы также неприменима), доказать какую-то упущенную выгоду нереально, так как сделка для заказчика некоммерческая. При этом организатор концерта / митинга потратил определенную сумму на заказ у третьих лиц оформления сцены и аренду оборудования, и в связи с отсутствием сцены все эти затраты оказались понесенными тщетно. В такой ситуации вполне справедливо, чтобы убытки были рассчитаны не по позитивной, а по негативной модели.

Другой пример: заказчик (российская дочерняя компания иностранного концерна) вынуждена поменять крупную сумму предоставленной ей материнской компанией для развития на российском рынке иностранной валюты на рубли для того, чтобы внести российскому подрядчику рублевую предоплату. Если вследствие нарушений подрядчиком контракта последний был правомерно расторгнут заказчиком, возникает вопрос, какую сумму в рублях должен вернуть заказчику нарушитель. Не вызывает сомнений тот факт, что он должен вернуть сумму в рублях, которая фактически была уплачена потерпевшим (это будут не убытки, а возвращение полученного при расторжении договора по правилам ст. 453 ГК РФ). Но как быть в том случае, когда за время существования договора рубль серьезно обесценился? Может ли заказчик взыскать с нарушителя образовавшуюся курсовую разницу в качестве убытков? Допустим, доказано, что, если бы не заключение данного договора, заказчик держал бы свободные средства в иностранной валюте и не понес бы потери из-за резкой девальвации рубля. Взыскание таких убытков трудно обосновать защитой позитивного интереса, и оно не соответствует п. 2 ст. 393 ГК РФ: заказчик все равно потерял бы от девальвации, если бы договор был исполнен подрядчиком. С точки зрения п. 2 ст. 393 ГК РФ заказчик должен доказывать убытки, которые он не понес бы, если бы договор был исполнен, — здесь же он пытается возместить свои потери, возникшие в связи с тем, что он в принципе ввязался в этот проект с подрядчиком (негативный интерес). В такой тактике заказчика может быть смысл, поскольку рыночные цены на работы могли не измениться, интерес в реализации строительных проектов в России заказчик, обжегшись на этом неудачном опыте, потерял, а доказать свою упущенную выгоду от того, что он не смог возвести то, что хотел возвести, крайне проблематично с учетом сложностей в доказывании гипотетических отдаленных доходов.

Иначе говоря, было бы логично дать кредитору по договорному обязательству, правомерно расторгнувшему договор в связи с его нарушением должником и желающему взыскать убытки в связи со срывом контракта, возможность рассчитывать убытки по своему выбору либо по модели защиты позитивного интереса (убытки в виде конкретной ценовой разницы, абстрактные убытки, упущенная спекулятивная наценка от несостоявшейся перепродажи и т.п.), либо по модели защиты негативного интереса (возмещение расходов, тщетно понесенных в связи с заключением договора, подготовкой его исполнения и исполнением своих обязательств, приемкой исполнения от должника, иных расходов, понесенных в расчете на реализацию договорной программы отношений до расторжения, а также, возможно, в отдельных случаях компенсация за утраченную в связи с вступлением в договорное правоотношение с должником возможность извлечь некую выгоду из иного источника).

В то же время следует учесть три нюанса.

Во-первых, естественно, пострадавший от нарушения не может сочетать расчет по негативной и по позитивной модели. Они взаимно исключают друг друга. Например, импортер, расторгнувший договор с зарубежным производителем из-за непоставки, не может потребовать от него в составе убытков возмещения и тщетно понесенных расходов на подготовку к принятию товара, и одновременно упущенной выгоды в виде спекулятивной наценки, которую он планировал извлечь за счет перепродажи этого товара конечному покупателю.

Во-вторых, выбор такой модели расчета убытков при срыве контракта не должен использоваться кредитором в целях получения компенсации, которая явно превышает достоверно определимый позитивный договорный интерес. Расчет по негативной модели – это льгота, которая предоставляется тогда, когда точный расчет по позитивной модели затруднен. Поэтому у должника должна быть возможность доказать, что позитивный интерес кредитора может быть рассчитан вполне достоверно и он со всей очевидностью ниже суммы, которая получается при расчете по негативной модели. В последнем случае суд должен ограничить объем взыскания значением позитивного интереса. Например, если покупатель в ожидании поставки оборудования ценой в 10 млн руб. потратил 50 тыс. руб. на услуги экспедитора, который должен был заниматься ввозом и таможенным оформлением этой поставки, но впоследствии оборудование не было отгружено со склада поставщика, покупатель расторг договор и предъявил к взысканию 50 тыс. руб. своих тщетно понесенных расходов. Казалось бы, выбор в пользу защиты негативного интереса вполне оправдан, так как дока-



зять интерес позитивный в виде упускаемых будущих доходов, которые покупатель мог бы получить при надлежащей поставке от эксплуатации поставленного оборудования, крайне проблематично. Но продавец может выдвинуть возражение о том, что покупатель вскоре после расторжения купил аналогичное оборудование у другого поставщика по упавшей на рынке цене за 9,5 млн руб. (если он каким-то образом сможет это доказать). Иначе говоря, покупатель выиграл от расторжения договора 450 тыс. руб. (500 тыс. руб. ценовой разницы в связи с заключением более выгодной замещающей сделки минус 50 тыс. руб. тщетно понесенных расходов). Выбор покупателя в пользу негативной модели расчета, судя по всему, и был предопределен именно тем, что позитивная модель ему не давала ничего. Как представляется, в такой ситуации взыскание этих 50 тыс. руб. должно отклоняться.

В-третьих, при взыскании расходов, понесенных на основе доверия к существованию договора и в ожидании будущего его исполнения со стороны нарушителя, следует учитывать возможность альтернативного использования результатов таких расходов. Учет этих расходов в составе убытков, рассчитанных по негативной модели в связи со срывом договора, возможен, если они действительно оказались тщетными не только в контексте отношений по данному договору, но и не принесли и, скорее всего, не смогут принести кредитору ту или иную альтернативную пользу. Например, если покупатель в ожидании передачи ему дорогостоящего ЖК-телевизора купил в другом магазине аудиосистему, совместимую с таким телевизором, но впоследствии в связи с расторжением договора купли-продажи телевизора по причине скрытых дефектов или непередачи его покупателю он потребовал от продавца возмещения убытков, суд должен скептически отнестись к аргументу покупателя о включении в состав убытков всей цены купленной аудиосистемы. Ведь она вполне может быть использована с другим таким же или похожим телевизором, который покупатель может купить в другом магазине. Кроме того, даже если аудиосистема работает только с данной моделью или маркой телевизора, а покупатель в итоге, разочаровавшись в марке, купил совсем иной телевизор, с которым аудиосистема несовместима, отнести на убытки всю стоимость аудиосистемы было бы экономически неверно, так как покупатель может вполне продать ее третьим лицам. Корректный расчет мог бы в подобной ситуации быть таким: покупатель продает телевизор на той или иной доске интернет-объявлений, естественно, цена оказывается ниже, чем цена по каталогу на ту же систему в магазине, и взыскивает с продавца ценовую разницу в составе убытков, рассчитанных по негативной модели.

Следует сказать, что российские суды нередко допускают возмещение убытков по негативной модели при расторжении договора в ответ на его нарушение. Например, в Определении СКГД ВС РФ от 20 февраля 2018 г. № 44-КГ17-34 Суд признал возможным возмещать с продавца некачественного автомобиля расходов покупателя на установку аудиосистемы, которые оказываются тщетными в силу выявления впоследствии дефекта в автомобиле, правомерного отказа покупателя от договора и возврата автомобиля продавцу. Эти расходы не включаются в состав позитивного договорного интереса, так как покупатель понес бы их, даже если бы продавец передал ему качественный автомобиль, но возмещение таких убытков в рамках расчета негативного интереса вполне справедливо.

*(в) Убытки за недостоверные заверения*

Спорным является вопрос о модели расчета убытков при предоставлении недостоверных заверений (т.е. гарантий достоверности тех или иных значимых для контрагента фактов). Статья 434.1 ГК РФ говорит о возмещении убытков, но не уточняет, как их считать.

Как представляется, если заверения касались обстоятельств, влияющих на действительность договора (например, заверение о том, что заключаемый договор не является для стороны крупной сделкой и не требует согласования с общим собранием участников по иным основаниям), то в случае недостоверности такого заверения и признания договора недействительным убытки должны рассчитываться таким образом, чтобы поставить положившегося на заверения контрагента в то материальное положение, в котором он находился бы, если бы не заключал договор (негативный договорный интерес). Если договора нет и не было, то сложно обосновать защиту позитивного интереса. Но если иск об оспаривании сделки был в итоге отклонен по тем или иным основаниям, убытки, как представляется, могут рассчитываться по позитивной модели: т.е. реципиент вправе получить от заверителя компенсацию, размер которой поставит реципиента в материальное положение, в котором он находился бы, если бы заверение было достоверно и никаких оснований для оспаривания сделки не было. Например, если продавец здания заверил покупателя в отношении того, что никаких оснований для оспаривания сделки акционерами продавца по корпоративным основаниям нет, но солгал и в итоге иск об оспаривании был заявлен, что вынудило покупателя вступить в сложный судебный процесс, тратить средства на юристов, потерять возможность сдать помещения в здании в аренду (из-за опасений арендаторов в отношении титула покупателя) и понести в этой связи упущенную выгоду, покупатель вправе потребовать от продавца воз-

мещения убытков, несмотря на то что иск был впоследствии отклонен по причине пропуска давности. Покупатель вправе потребовать от продавца уплаты такой суммы, которая поставит покупателя в то положение, в котором он находился бы, если бы заверения были достоверны, что означает, например, покрытие указанных выше расходов на юристов, не возмещенных в рамках процедур распределения судебных расходов, а также упущенной выгоды от невозможности сдавать купленное здание в аренду до окончания процесса.

Если заверения касались объекта предоставления по договору и перетекают в обязательство передать объект, обладающий такими характеристиками, речь идет о нарушении обязательства, и расчет убытков строится на основе классической модели защиты позитивного интереса. Если реципиент-кредитор расторгает договор, то у него появляется возможность воспользоваться позитивной моделью расчета, а в случае трудностей в подсчете денежного эквивалента позитивного интереса он может прибегнуть и к негативной модели расчета (см. подробнее подп. «б» п. 1.7 комментария к настоящей статье).

Если заверения касались стороны договора (например, применяемой им налоговой системы), а реципиент заверений не отказался от договора, то убытки должны строиться по позитивной модели: заверитель должен уплатить реципиенту заверений такую сумму, которая должна поставить реципиента в положение, в котором он находился бы, если бы заверения были достоверны. Например, если контрагент дал заверения в отношении своих бенефициаров, а впоследствии выяснилось, что он солгал и из-за этого реципиенту были доначислены налоги, поскольку использование реципиентом соответствующих льгот, связанных с применением соглашений об избежании двойного налогообложения, исключалось при наличии у заверителя бенефициаров, находящихся в том или ином офшоре, реципиент может взыскать эти убытки с заверителя. Но если реципиент, установив правду, решает отказаться от договора, у него появляется опция рассчитать свои убытки по негативной модели, если позитивный расчет затруднен (например, взыскать свои расходы на приготовление к исполнению договора).

Если же реципиент, установив ложность предоставленных ему заверений, решает оспорить договор по правилам об обмане или неосторожном введении в заблуждение, он ограничен возможностью применения лишь негативной модели расчета убытков.

*(г) Убытки в случае правомерного поведения*

Если в силу закона убытки должны возмещаться в связи с правомерным поведением ответчика, расчет убытков должен быть таким,

чтобы поставить пострадавшего в то материальное положение, которое имелось бы, если бы соответствующее обстоятельство, дающее основание для возмещения (например, то или иное правомерное действие госоргана), не произошло.

В тех случаях, когда в силу закона одна из сторон обязана возместить убытки в связи с реализацией своего права на произвольный отказ от договора (например, ст. 717, 782 ГК РФ), убытки должны рассчитываться по модели защиты позитивного договорного интереса, т.е. таким же образом, как считались бы убытки, если бы эта сторона нарушила договор, а другая сторона правомерно бы его расторгла в ответ (убытки взамен реального исполнения сделки). Взысканию подлежит как реальный ущерб, так и упущенная выгода, если закон специально не ограничивает размер убытков тем или иным пределом (например, ценой договора ограничивается размер убытков, которые произвольно отказавшийся от договора заказчик должен возместить подрядчику в силу ст. 717 ГК РФ, а реальным ущербом ограничивается размер убытков, которые исполнитель вправе взыскать с заказчика при произвольном отказе последнего от договора оказания услуг в силу ст. 782 ГК РФ).

#### ***1.8. Полное возмещение убытков и недопущение неосновательного обогащения пострадавшего***

Наряду с тем, что принцип полного возмещения убытков определяет нижнюю границу компенсации, он же является по общему правилу и верхним ограничителем. Компенсация убытков направлена на восстановление коммутативной (корректирующей) справедливости и не должна приводить к неосновательному обогащению потерпевшего. Если проводить эту идею последовательно, следует признать, что кредитор по общему правилу за счет возмещения убытков не должен оказаться в положении лучше, чем он находился бы, если бы договор был надлежащим образом исполнен.

Из этого следует не только очевидный вывод о том, что при взыскании убытков надо проявлять внимательность и не пропускать необоснованно раздутые калькуляции, но и то, что побочные выгоды, которые кредитор получил в результате нарушения своего права, должны вычитаться из доказанных сумм убытков. Это правило обозначается как зачет выгод к убыткам (*compensatio lucri cum damno*). Как мы покажем ниже, это правило основано в целом на здравых соображениях, но может вызывать споры и, безусловно, может проводиться далеко не во всех случаях.

Приведем несколько примеров возможного применения данного правила.

При доказывании упущенной выгоды следует ориентироваться на чистый доход и дисконтировать из суммы неполученных доходов те расходы, которые пострадавший понес бы, если бы нарушения права не было. Например, если из-за повреждения по вине третьего лица кабеля, обеспечивающего электроснабжение заводского конвейера, последний простаивал в течение дня, упущенная выгода должна считаться как доход от реализации того товара, который был бы собран на конвейере в течение этого дня, за вычетом тех переменных расходов, которые завод понес бы, если бы конвейер работал и соответствующая продукция изготавливалась, но не понес из-за простоя. Получается, что нарушение права повлекло убыток, но и сэкономило заводу издержки – последние должны быть учтены при расчете убытков, подлежащих возмещению. Эта ипостась правила *compensatio* кажется очевидной. См. подробнее подп. «а» п. 2.2 комментария к настоящей статье.

Другой пример: если покупатель из-за задержки поставки понес расходы, связанные с ожиданием поставки, которые он не понес бы, если бы товар был отгружен на корабль покупателя вовремя, эти расходы подлежат возмещению в рамках позитивного интереса. Но теперь усложним кейс. Представим, что заключен договор на условиях поставки «*FOB*, порт Санкт-Петербург (Инкотермс 2010)». Риск случайной гибели товара переходит на покупателя с момента погрузки товара на судно. Поставщик просрочил доставку товара, и судно ушло в рейс без его груза. В пути судно попало в шторм и затонуло. Поставщик отправил груз на следующем судне, которое благополучно прибыло в порт назначения. Если бы поставка была осуществлена в срок, убытки покупателя составили бы полную стоимость груза. Причем, исходя из условий поставки (в частности, положений о переходе риска случайной гибели товара), покупатель не смог бы в таком случае взыскать убытки с поставщика. Таким образом, нарушение договора поставщиком в силу случая привело к тому, что сумма убытков покупателя оказалась несопоставимо ниже тех убытков, которые покупатель понес бы при отсутствии нарушения. Следуя принципу недопустимости обогащения за счет возмещения убытков, должны ли мы учитывать ту выгоду в виде сбережения, которую получил покупатель в результате просрочки поставщика, и вычитать ее из суммы расходов покупателя, связанных с просрочкой? Если ответить утвердительно, в большинстве случаев покупателю не будет причитаться никакое возмещение, так как обычно стоимость всего груза выше любых возможных расходов покупателя в связи с просрочкой. Однозначного ответа в нашей практике нет. Принцип *compensatio lucri cum damno* и строгое проведение

принципа защиты позитивного интереса склоняют к тому, что убытки в такой ситуации возмещению не подлежат.

Еще один пример: продавец нарушил договор и не смог отгрузить покупателю (нефтяному трейдеру) партию нефти. Последний, продав пару месяцев, отказался от договора и предъявил к взысканию свои расходы, связанные с тем, что с него взыскал пени конечный приобретатель, которому трейдер намеревался отгрузить эту партию. Казалось бы, такие убытки вполне могут быть взысканы в составе позитивного расчета убытков. Но что, если нарушивший договор продавец докажет, что к моменту отказа от договора цена на нефть резко подешевела и трейдер-покупатель заключил замещающую сделку, купив тот же объем нефти у другого поставщика, по упавшей цене, т.е. по сути выиграл от срыва первого контракта, и при этом размер такой образовавшейся экономии превосходит понесенные им в связи с просрочкой по первому контракты расходы в виде уплаченных конечному покупателю неустоек? Диктуемое правилом *compensatio* вычитание этой экономии из суммы расходов может привести к выводу о том, что убытки компенсации не подлежат (если выигрыш от заключения замещающей сделки выше размера расходов трейдера в связи с просрочкой).

И немного экзотики: если власти по ошибке снесли находящийся на участке собственника дом, считая его самовольной постройкой, при определении расчета убытков в виде стоимости дома принцип *compensatio* требует учесть такую случайную выгоду, как обнаружение собственником под руинами снесенного дома клада золотых монет.

Недавно принцип *compensatio* был прямо поддержан ВАС РФ и ВС РФ по следующей категории споров. СКЭС ВС РФ исключила из размера взыскиваемых убытков сумму НДС в составе понесенных в связи с нарушением расходов, указав, что потерпевший имел возможность учесть этот «исходящий» НДС в своей налогооблагаемой базе по данному налогу, снизив ее соответствующим образом (см. Определение СКЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-10125). Ранее такой же подход был озвучен в Постановлении Президиума ВАС РФ от 23 июля 2013 г. № 2852/13 (см. подробнее о налоговых аспектах расчета убытков п. 2.13 комментария к настоящей статье). ВС РФ вслед за ВАС РФ на этом примере высказал абстрактную правовую позицию, применимую к ряду вышеуказанных примеров: «По общему правилу, исключается как неполное возмещение понесенных убытков, так и обогащение потерпевшего за счет причинителя вреда. В частности, не могут быть включены в состав убытков расходы, хотя и понесенные потерпевшим в результате правонарушения, но компенсируемые ему

в полном объеме за счет иных источников. В противном случае создавались бы основания для неоднократного получения потерпевшим одних и тех же сумм возмещения и, соответственно, извлечения им имущественной выгоды, что противоречит целям института возмещения вреда».

Следует сказать, что принцип *compensatio* по-разному используется в международных унификациях частного права. Так, согласно п. 1 ст. 7.4.2 Принципов УНИДРУА применительно к договорной ответственности утверждается следующее: «Потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она лишилась, *учитывая любую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба*» (курсив наш. — А.К., В.Б.)

В Модельных же правилах европейского частного права рассматриваемый вопрос решается следующим образом. В контексте договорной ответственности этот документ молчит по данному вопросу, но в официальном комментарии к ст. III.—3:702 указано, что выгоды, возникшие у кредитора в результате нарушения, должны вычитаться из суммы расходов или упущенной выгоды во имя избежания неосновательного обогащения. В контексте же деликтной ответственности ст. VI.—6:103 закрепляет подход, суть которого в делегации судом компетенции решать данный вопрос с учетом специфики конкретных ситуаций. Здесь указано, что «[в]ыгода, извлеченная лицом, понесшим юридически значимый вред, в результате наступления вредоносного события, не признается значимой, за исключением случаев, когда принятие ее в расчет будет справедливым и разумным», и отмечено, что «[п]ри решении вопроса о справедливости и разумности принятия в расчет указанной выгоды должны учитываться вид причиненного вреда, природа ответственности причинителя вреда и, если выгода предоставлена третьим лицом, цель предоставления такой выгоды». И действительно, компаративный обзор показывает, что как минимум в контексте деликтной ответственности рассматриваемый вопрос в различных странах решается по-разному с учетом конкретных групп случаев.

Вместе с тем стоит задаться вопросом о том, так ли бесспорен принцип *compensatio lucri cum damno*? Да, он позволяет обеспечить строгую компенсационность ответственности и блокирует неосновательное обогащение пострадавшего, но обратной стороной его применения оказывается снижение превентивного эффекта гражданско-правовой ответственности: нарушитель права частично или полностью уходит

от ответственности, так как какие-то случайные обстоятельства позволяют ему избежать ответственности в той или иной части либо даже полностью. С учетом того, что возмещение убытков по своей природе — инструмент компенсационный, аргумент о снижении превентивного эффекта не носит решающего характера, но в ряде ситуаций нам придется делать исключения. Иначе говоря, как минимум в некоторых ситуациях применение правила о зачете выгод к убыткам следует ограничивать во имя справедливости.

Например, представим, что по вине одного лица происходит повреждение квартиры собственника, вынуждающего его делать ремонт (например, купленная в торговой сети дефектная бытовая техника воспламенилась, что спровоцировало пожар в квартире, или квартира была залита из-за невнимательности соседа этажом выше, уснувшего в ванне с включенными кранами). При этом квартира до этой неприятности имела крайне обветшалый вид и взывала к ремонту, но провести его таким образом, чтобы восстановить *status quo* и реконструировать все прелести заброшенной лачуги, просто невозможно. Ремонт неминуемо повышает качественный уровень интерьера и коммуникаций. Может ли делинквент противопоставить иску собственника о возмещении всех расходов на ремонт аргумент о том, что часть расходов должна быть отброшена, дабы исключить ситуацию, при которой собственник в результате деликта и получения полной компенсации своих издержек на ремонт в конечном итоге окажется в положении лучше, чем он был бы, не произошли деликт? Как представляется, такое возражение должно быть отклонено. В описанной ситуации пострадавший не может восстановить *status quo* в буквальном виде и принужден делинквентом переноситься в лучшие условия жизни. Та же ситуация имеет место, если в результате аварии и повреждения старого автомобиля на него вынужденно устанавливаются новые агрегаты и элементы конструкций (например, новое ветровое стекло вместо разбитого в аварии старого стекла с трещинами). Естественно, игнорирование такого возражения ответчика допустимо только тогда, когда у истца действительно не было возможности восстановить *status quo* в точности либо его точное восстановление потребовало бы больших затрат, чем осуществление стандартного ремонта квартиры или установление нового ветрового стекла на автомобиль. Например, сделать более дешевый ретро-ремонт с обшарпанными обоями и дырявым линолеумом в первом примере или купить и установить старое и покрытое трещинами ветровое стекло во втором может быть либо в принципе невозможно технически, либо потребовать больших затрат.



Этот подход подтверждается и позицией ВС РФ, выраженной в абзаце втором п. 13 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25: «Если для устранения повреждений имущества истца использовались или будут использованы новые материалы, то за исключением случаев, установленных законом или договором, расходы на такое устранение включаются в состав реального ущерба истца полностью, несмотря на то, что стоимость имущества увеличилась или может увеличиться по сравнению с его стоимостью до повреждения. Размер подлежащего выплате возмещения может быть уменьшен, если ответчиком будет доказано или из обстоятельств дела следует с очевидностью, что существует иной более разумный и распространенный в обороте способ исправления таких повреждений подобного имущества». Та же идея звучит и в определениях СКГД ВС РФ от 27 февраля 2018 г. № 7-КГ17-11 и от 30 января 2018 г. № 20-КГ17-21.

Эту же позицию поддержал и КС РФ в Постановлении от 10 марта 2017 г. № 6-П: «...Замена поврежденных деталей, узлов и агрегатов — если она необходима для восстановления эксплуатационных и товарных характеристик поврежденного транспортного средства, в том числе с учетом требований безопасности дорожного движения, — в большинстве случаев сводится к их замене на новые детали, узлы и агрегаты. Поскольку полное возмещение вреда предполагает восстановление поврежденного имущества до состояния, в котором оно находилось до нарушения права, в таких случаях — притом что на потерпевшего не может быть возложено бремя самостоятельного поиска деталей, узлов и агрегатов с той же степенью износа, что и у подлежащих замене, — неосновательного обогащения собственника поврежденного имущества не происходит, даже если в результате замены поврежденных деталей, узлов и агрегатов его стоимость выросла»<sup>1</sup>.

В то же время практика самого ВС РФ не вполне последовательна. Так, например, в Определении СКГД ВС РФ от 16 апреля 2019 г. № 117-КГ19-3 Суд сначала процитировал вышеуказанную позицию Пленума, но далее недвусмысленно ее уточнил: «Лицо, к которому потерпевшим предъявлены требования о возмещении разницы между

---

<sup>1</sup> При этом следует учесть, что в соответствии с Законом об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств (п. 19 ст. 12) при определении размера страхового возмещения при ОСАГО износ поврежденных деталей учитывается, т.е. при замене старого на новое размер страхового возмещения окажется меньше фактических расходов на приобретение новых деталей. Но, как указал КС РФ в Постановлении от 10 марта 2017 г. № 6-П, это не лишает собственника возможности обратиться к делинквенту и взыскать с него образующуюся разницу, не покрытую страховой компанией в связи с особенностями расчета страхового возмещения по ОСАГО.

страховой выплатой и фактическим размером причиненного ущерба, не лишено права ходатайствовать о назначении соответствующей судебной экспертизы, о снижении размера подлежащего выплате возмещения и выдвигать иные возражения. <...> ...Такое уменьшение допустимо, если в результате возмещения причиненного вреда с учетом стоимости новых деталей, узлов, агрегатов произойдет *значительное улучшение транспортного средства, влекущее существенное и явно несправедливое увеличение* его стоимости за счет лица, причинившего вред (например, когда при восстановительном ремонте детали, узлы, механизмы, которые имеют постоянный нормальный износ и подлежат регулярной своевременной замене в соответствии с требованиями по эксплуатации транспортного средства, были заменены на новые)» (курсив наш. – А.К., В.Б.). Так что данный вопрос еще требует окончательного прояснения.

Еще одна ситуация, в которой стоит задуматься над ограничением действия принципа *compensatio*, имеет место в случаях причинения вреда здоровью или иным личным неимущественным правам. Представим, что здоровью гражданина в результате некачественного оказания медицинских услуг был причинен существенный вред, его друзья собрали средства и оплатили все расходы на лечение или аналогичную помощь оказал благотворительный фонд. Может ли потерпевший обратиться к делинквенту с деликтным иском о возмещении затрат на лечение, покрытых друзьями или фондом? Как представляется, здесь с учетом характера нарушенного права справедливость требует отдать приоритет принципу неотвратимости наказания в ущерб принципу компенсационности.

Та же ситуация возникает тогда, когда в результате причинения вреда здоровью человек попал в государственную больницу, упустил за этот период доходы, но, с другой стороны, не нес все это время расходы на аренду жилья, питание и т.п. Очевидно, такая «экономия» не должна вычитываться из его убытков.

Видимо, не случайно п. 2 ст. 1085 ГК РФ гласит, что при определении утраченного в результате причинения вреда здоровью лица заработка (дохода) пенсия по инвалидности, назначенная потерпевшему в связи с увечьем или иным повреждением здоровья, а равно другие пенсии, пособия и иные подобные выплаты, назначенные как до, так и после причинения вреда здоровью, не принимаются во внимание и не влекут уменьшения размера возмещения вреда (не засчитываются в счет возмещения вреда). Более того, в норме указано, что «[в] счет возмещения вреда не засчитывается также заработок (доход), получаемый потерпевшим после повреждения здоровья». Последнее представ-

ляется более спорным, чем первое, но этот вопрос требует отдельного обсуждения. Также в силу ст. 1094 ГК РФ при взыскании лицами, понесшими расходы на погребение потерпевшего, умершего в результате деликта, с делинквента полученное истцом пособие на погребение в счет возмещения вреда не засчитывается. Нетрудно заметить идею законодателя исключить применение принципа *compensatio lucri cum damno* для случаев причинения вреда здоровью гражданина.

Похожая идея отражена и в п. 2 ст. 1089 ГК РФ применительно к определению выплат лицам, пострадавшим в результате смерти кормильца: «При определении размера возмещения вреда пенсии, назначенные лицам в связи со смертью кормильца, а равно другие виды пенсий, назначенные как до, так и после смерти кормильца, а также заработок (доход) и стипендия, получаемые этими лицами, в счет возмещения им вреда не засчитываются».

Более того, можно выдвинуть еще более смелое предложение как минимум для обсуждения: принцип строгой компенсационности может отступать перед идеей неотвратимости наказания не только при причинении вреда здоровью лица, но и в любых ситуациях, когда нарушение права (деликт, нарушение договора) носит умышленный характер.

Наконец, как представляется, зачет выгод невозможен, когда их размер не может быть достоверно определен. Например, часто обсуждается «проблема *pass-on*» — переноса пострадавшим выросших в результате нарушения издержек в цены реализации им товаров, работ или услуг и компенсации таких издержек за счет своих клиентов. Как известно, в долгосрочной перспективе цены стремятся к предельным издержкам. На конкурентном рынке рост текущих издержек постепенно заставляет компании повышать цены, перенося в них часть роста издержек. Ответчик, к которому предъявлен иск о взыскании значительных убытков, теоретически может заявить, что возникшие у истца убытки он переложил на плечи своих клиентов, подняв цены, а значит, присуждение всей суммы убытков без учета этой поправки приведет к тому, что истец получит двойное возмещение. Особенно остро эта проблема встает в области нарушения антимонопольного законодательства и взыскания убытков, возникших в результате такого нарушения (например, при взыскании убытков с лица, занимающего доминирующее положение на рынке и установившего монопольно высокие цены на свою продукцию). Проблема с этим аргументом в том, что более или менее надежно определить, в какой степени произошел перенос выросших в результате правонарушения издержек в цены, которые пострадавший выставляет своим клиентам, достаточно затруднительно. Цены могли

действительно вырасти, но по совсем иным причинам (например, из-за повышения спроса или роста иных постоянных или переменных издержек). Коэффициент переноса тех или иных выросших издержек в цены зависит от множества факторов (уровня эластичности спроса по цене и уровня конкуренции на рынке, на котором работает истец, и т.п.). Могли иметь место тотальный перенос всех издержек, перенос части издержек или отсутствие переноса вовсе. При определенных условиях пострадавший просто не может позволить себе повысить цены для компенсации ущерба, так как это приведет к непропорциональному падению объема продаж, и вынужден смириться с принятием ущерба на свой счет. Как представляется, с учетом сложностей в доказывании уровня такого переноса и самого его наличия суды должны относиться к таким аргументам ответчиков крайне осторожно. Но в целом вопрос заслуживает более серьезного анализа.

Следует понимать, что наша практика по учету выгод потерпевшего при расчете размера компенсации находится еще только в стадии становления. До тех пор пока не будет накоплена критическая масса правовых позиций и не будут опубликованы серьезные научные исследования по данному сложному вопросу, окончательные выводы делать затруднительно. Скорее всего, здесь требуются установление некоего общего правила и разработка целого ряда исключений или проведение неких дифференциаций для разных групп случаев, разных видов случайных выгод, типов нарушений и т.п. Например, возможно, есть основания дифференцировать ситуации, когда сам факт нарушения спровоцировал для пострадавшего случайные выгоды (как в примере с кладом), и ситуации, когда пострадавший смог получить часть возмещения из альтернативного источника, но это вряд ли может быть единственным фактором, который следует учитывать.

### ***1.9. Сверхкомпенсационные взыскания***

Несмотря на общую приверженность компенсационной направленности ответственности за правонарушения, законодатель в ряде случаев допускает отступления от этой идеи, устанавливая денежные санкции, размер которых строго не привязан к размеру убытков и может превышать их. Так, за нарушение ряда исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности предусмотрена такая санкция, как компенсация. При этом правообладатель, обратившийся за защитой права, освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков, а размер компенсации определяется судом в пределах, установленных в ГК РФ либо в виде абсолютных значений, в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости, либо в виде величины, в два-

три раза превосходящей некий абстрактный параметр (п. 3 ст. 1252, ст. 1301, 1311, 1406.1, п. 4 ст. 1515, п. 2 ст. 1537 ГК РФ). Например, согласно ст. 1301 ГК РФ в случаях нарушения исключительного права на произведение автор вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации: 1) в размере от 10 тыс. руб. до 5 млн руб., определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения; 2) в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров произведения; 3) в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель.

Другой пример: законодательством о защите прав потребителей предусмотрены крайне высокие неустойки, подлежащие взысканию в полной сумме сверх убытков (п. 1 ст. 23 Закона о защите прав потребителей). Кроме того, в силу п. 6 ст. 13 того же Закона потребитель вправе потребовать от коммерсанта выплаты специального штрафа в размере 50% от суммы присужденного судом денежного требования, которое коммерсант не удовлетворил добровольно в досудебном порядке.

Можно привести и такой пример: в соответствии с п. 1 ст. 60 ГрК РФ по общему правилу в случае причинения вреда личности или имуществу гражданина, имуществу юридического лица вследствие разрушения, повреждения здания, сооружения либо части здания или сооружения, нарушения требований к обеспечению безопасной эксплуатации здания, сооружения, требований безопасности при сносе здания, сооружения собственник такого здания, сооружения, если не докажет, что указанные разрушение, повреждение, нарушение возникли вследствие умысла потерпевшего, действий третьих лиц или непреодолимой силы, возмещает вред в соответствии с гражданским законодательством и выплачивает компенсацию сверх возмещения вреда:

— родственникам потерпевшего (родителям, детям, усыновителям, усыновленным), супругу в случае смерти потерпевшего — в сумме 3 млн руб.;

— потерпевшему в случае причинения тяжкого вреда его здоровью — в сумме 2 млн руб.;

— потерпевшему в случае причинения средней тяжести вреда его здоровью — в сумме 1 млн руб.

Как мы видим, законодатель сознательно не называет эти сверхкомпенсационные санкции убытками, используя либо конструкцию

неустойки (когда речь идет о сверхкомпенсационных взысканиях в заранее установленном размере на случай нарушения договора), либо понятие «компенсация» в остальных случаях. В некоторых странах для таких сверхкомпенсационных взысканий используется термин «убытки» (карательные убытки, статутные убытки), но решение российского законодателя избегать понятия «убытки» в тех ситуациях, когда речь идет о сверхкомпенсационных или заведомо не соответствующих действительным убыткам взысканиях, кажется логичным. Это обусловлено тем, что в указанных нормах прослеживается намерение законодателя установить карательные, а не строго компенсационные последствия в отношении соответствующих гражданских правонарушений.

Как правило, установление сверхкомпенсационных взысканий объясняется: а) особой публичной значимостью тех или иных сфер общественных отношений и недостаточной превенцией, которую обеспечивают инструменты публично-правовой ответственности и классического взыскания убытков; б) особой уязвимостью потерпевших и желанием компенсировать слабость их возможностей отстаивать свои права в суде обычными средствами гражданского права (как в случае с потребителями); в) сложностями в выявлении, подсчете и доказывании убытков при допущении тех или иных правонарушений. Эти факторы приводят к тому, что превентивная функция гражданско-правовой ответственности в ряде ограниченных случаев приобретает приоритет над компенсационной.

Определенная логика в этом имеется. Дело в том, что, как уже отмечалось выше, возмещение убытков в принципе не обеспечивает превенцию в тех случаях, когда выгода нарушителя превышает ожидаемые убытки правообладателя (ситуация так называемого эффективного нарушения (*efficient breach*)). Даже если нарушитель возместит все убытки пострадавшему, нарушитель все равно останется в выигрыше, и это создает для него стимулы осуществлять оппортунистические атаки на чужие права.

Но сбой превентивной функции взыскания убытков более масштабен. Полное возмещение убытков как минимум восстанавливает *status quo*. Такая перспектива лишает потенциальных нарушителей стимулов совершать хотя бы «неэффективные» нарушения. Но проблема усугубляется, если мы вспомним о том, что доказывание убытков — предприятие крайне сложное, и в большинстве случаев доказать все свои убытки не удастся, так как многие из них носят отдаленный характер, связаны с недоказуемой субъективной ценностью тех благ, которые являются объектами соответствующих прав, или в силу иных причин не могут быть подтверждены с точки зрения релевантного стандарта

доказывания. В этих условиях потенциальным правонарушителям оказывается выгоднее решаться на нарушение чужих прав даже тогда, когда нарушение заведомо неэффективно и выигрыш нарушителя ниже убытков пострадавшего.

Получается, что институт возмещения убытков часто не справляется с реализацией функции превенции гражданских правонарушений, а это не может не сказаться на общем состоянии правопорядка. Публично-правовая же ответственность в ряде сфер вовсе не работает (например, при нарушении договора), а в тех сферах, где она применима, она работает в России и в ряде других стран крайне слабо и неэффективно. В таких условиях все громче звучат голоса в пользу расширения практики применения карательных сверхкомпенсационных денежных санкций для случаев умышленных правонарушений (либо в форме умножения доказанных убытков на некий мультипликатор по примеру американских карательных убытков, либо в форме установления в законе фиксированных компенсаций по примеру тех, которые установлены в ГрК РФ или нормах ГК РФ об интеллектуальной собственности).

Сейчас в европейском праве активно обсуждаются идеи расширения сферы применения таких карательных взысканий для умышленных и особо возмутительных деликтов и даже нарушений договора. Но есть и ряд контраргументов, некоторые из которых носят догматический характер (использование гражданского права в не совсем свойственных ему целях превенции вместо классической компенсации потерь), а другие – политико-правовой характер (например, проблема избыточной превенции и несоразмерной кары в ситуациях наложения карательных гражданско-правовых компенсаций и мер публично-правовой ответственности). Поэтому здесь требуется осторожный подход, не исключающий, впрочем, здоровое регуляторное экспериментирование и использование сверхкомпенсационных взысканий в отдельных сферах, где проблема недостаточной превенции стоит особенно остро и угрозы велики.

В частности, авторам не кажется абсурдной идея установить на уровне закона возможность присуждения карательной компенсации в дополнение к доказанным убыткам для случаев умышленного или неосторожного причинения вреда жизни или здоровью граждан в результате осуществления коммерческой деятельности предприятий (например, выпуск на рынок заведомо дефектных медикаментов, повлекших вред здоровью, гибель посетителей ночного клуба из-за грубого нарушения администрацией клуба правил пожарной безопасности и т.п.). Уголовная ответственность здесь работает крайне слабо, так

как воздействует лишь на соответствующих руководящих сотрудников компаний, не ударяя по кошельку участников корпорации, а административная ответственность также оказывается нередко недостаточно эффективной. Карательные гражданские компенсации могли бы несколько компенсировать недостаток публично-правовой превенции. Схожую роль могло бы выполнять изменение удручающей практики взыскания морального вреда в сторону увеличения размера взысканий, но вариант умножения размера доказанных убытков на некий коэффициент для случаев особо вопиющих умышленных нарушений неимущественных прав заслуживает как минимум обсуждения.

В принципе, есть все основания для обсуждения присуждения карательных компенсаций и на случай причинения вреда жизни или здоровью граждан по вине делинквентов, являющихся физическими лицами, если деликт причинен умышленно (например, в результате преступления).

Более того, есть определенные аргументы в пользу допущения карательных компенсаций (в виде умножения доказанных убытков на тот или иной коэффициент) на случай любого умышленного нарушения любого договора или деликта.

#### ***1.10. Санкции, схожие с убытками***

В гражданском праве есть целый ряд имущественных санкций и институтов, которые имеют сходство с убытками, однако при этом обладают существенными отличиями. Приведем примеры.

##### ***(а) Убытки и моральный вред***

Моральный вред можно отнести к категории вреда, причиненного в результате совершения деликта. Однако условия компенсации морального вреда обладают существенными отличиями от возмещения убытков. Последнее означает присуждение денежной компенсации в счет возникших имущественных невыгод. Взыскание же морального вреда направлено на возмещение неимущественного вреда, а именно компенсацию в денежной форме физических и моральных страданий, которые возникают у гражданина при нарушении его личных неимущественных прав, а в случаях, предусмотренных в законе, и имущественных прав. Поэтому взыскание морального вреда и возмещение убытков в ст. 12 ГК РФ названы как разные способы защиты права. О моральном вреде см. п. 12 комментария к ст. 12 ГК РФ.

Согласно ГК РФ моральный вред не возмещается при нарушении прав юридического лица (ст. 151, п. 11 ст. 152, ст. 1099 ГК РФ). Законодатель теперь исходит из того, что у юридического лица не может быть моральных страданий, и это в целом логично. Ранее до 1 сентября 2013 г. случаи возмещения морального вреда организациями встреча-



лись, но с 1 сентября 2013 г. законодатель в п. 11 ст. 152 ГК РФ однозначно эту опцию исключил, что прямо признается сейчас в практике ВС РФ (Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденный Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.).

В то же время следует иметь в виду, что при нарушении прав организации моральный вред может возникнуть у сотрудников, учредителей, членов или участников юридического лица. Российская судебная практика пока не знает примеров возмещения такого морального вреда, возникшего у названных лиц в результате нарушения прав юридического лица (своеобразного косвенного морального вреда), но данная концепция, как представляется, имеет потенциал для развития.

В то же время следует учитывать, что в ряде случаев нарушение прав юридического лица (например, диффамация) может повлечь репутационный вред. В современном мире репутация является ключевым элементом нематериального капитала организации. Если речь идет о коммерческой организации, подрыв репутации может сказаться на оттоке клиентов и снижении доходов в будущем (упущенной выгоде), а если речь идет, скажем, о благотворительном фонде, последствием диффамации может являться падение объемов сборов пожертвований. В таких ситуациях логично взыскивать не моральный вред, а репутационные убытки в виде упущенной выгоды (в примере с благотворительным фондом выгоду следует взять в кавычки) с подсчетом последней «по добру и справедливости» на основании правил о том, что при невозможности точного подсчета убытков, но очевидности их наличия суд определяет размер взыскания исходя из принципов разумности, справедливости и соразмерности (см. подробнее о таких правилах доказывания п. 2.4 комментария к настоящей статье).

*(б) Убытки и взыскание основного долга*

Однозначно не является требованием о взыскании убытков притязание на уплату основного денежного долга, вытекающего из договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 марта 1997 г. № 4520/96). Такое требование присуждает должника к исполнению основного регулятивного обязательства, которое само по себе не реализует функцию компенсации потерь, а реализует основное или дополнительное предоставление по договору денежного характера. Требование о взыскании основного договорного долга не упомянуто в ст. 12 ГК РФ как самостоятельный способ защиты, но по сути оно относится к категории исков о присуждении к исполнению обязанности в натуре, упомянутой в ст. 12 ГК РФ среди средств защиты права. Так как термин «в натуре» не очень сочетается с взысканием денежного долга, суды предпочли

именовать такое требование как взыскание основного долга или задолженности.

Правила ГК РФ об убытках к такому требованию не применяются. Но в реальности это различие не всегда осознается законодателем и судебной практикой. Например, какова природа требования клиента к своему банку о восстановлении остатка на банковском счете, сниженного в результате неправомерных действий банка или перечисления необоснованно списанной со счета суммы на другой счет клиента? По сути, это не возмещение убытков (так как клиент получает не некую дополнительную компенсацию, а лишь то, на что был вправе претендовать по обязательству, – соответствующий остаток на счете или выдачу его номинала). Этот институт, скорее, ближе к уплате основного долга. Данный механизм не зависит от оснований привлечения должника к ответственности. Даже если в силу какого-то обстоятельства непреодолимой силы (например, масштабной цифровой атаки на российскую банковскую систему) деньги со счета клиента были украдены, банк обязан восстановить остаток по счету. Правила п. 3 ст. 401 ГК РФ здесь буквально неприменимы. Исключением является только ситуация, когда обстоятельства, спровоцировавшие несанкционированное списание, находились в сфере контроля клиента. Убытками же будет обязанность банка возместить дополнительные потери клиента, возникшие в связи с неправомерным списанием денег со счета. Правильная квалификация притязания клиента к банку в подобных случаях имеет весьма важное значение. Например, если бы обязанность восстановления остатка по счету представляла собой механизм возмещения убытков, то предусмотренная в комментируемой статье неустойка на случай неосновательного списания денег со счета носила бы зачетный по отношению к сумме возмещения характер (в силу общего правила ст. 394 ГК РФ о зачетном соотношении неустойки и убытков), а это явно противоречит целям нормы. Получалось бы, что при неосновательном списании денег со счета с учетом действующих в последние годы показателей ключевой ставки и сроков исковой давности эта неустойка просто не работала бы, поскольку она, будучи начислена даже за три года, была бы полностью поглощена суммой долга по восстановлению остатка на счете<sup>1</sup>.

При этом судебная практика иногда не замечает эту разницу и квалифицирует действия банка по восстановлению необоснованно

---

<sup>1</sup> Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. С. 1053–1054 (автор комментария к ст. 856 – С.В. Сарбаш).

списанной суммы в качестве гражданско-правовой ответственности (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 января 2011 г. № 8624/10, Определение СКГД ВС РФ от 28 апреля 2015 г. № 18-КГ15-48), что с учетом вышесказанного представляется небесспорным.

*(в) Убытки, неосновательное обогащение и компенсационная реституция*

Казалось бы, в большинстве случаев трудно спутать убытки и те требования, которые направлены на возврат лицу того, что по праву принадлежало ему и должно быть возвращено. И действительно, если возврату по правилам о реституции, кондикции или виндикации подлежат не деньги, а иное имущество, сходство с убытками отсутствует. Но что, если речь идет о возврате уплаченных денег по правилам о неосновательном обогащении, а также уплате денежного эквивалента натурального неосновательного обогащения (ст. 1105 ГК РФ) или денежной компенсационной реституции согласно п. 2 ст. 167 ГК РФ (возврате денежного эквивалента того, что было получено по недействительной сделке)?

Возврат ошибочно уплаченных или переведенных без правовых оснований денег точно является реализацией требования, регулируемого правилами гл. 60 ГК РФ, а не гл. 25 ГК РФ или гл. 59 ГК РФ о договорной или деликтной ответственности, так как отсутствует факт правонарушения со стороны ответчика (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 2014 г. № 18222/13).

Но проблема возникает, когда имеется вина получателя в том, что он безосновательно получил деньги от истца. Если неосновательное обогащение спровоцировали деликт обогатившегося лица или нарушение им своих обязательств, мы имеем некоторое наложение сфер применения норм о кондикции и деликтной или договорной ответственности.

Согласно одной точке зрения, даже если речь идет об откровенном воровстве наличных денег или безналичных денег с банковского счета (деликт), вор должен вернуть деньги, и это требование должно регулироваться не правилами об убытках, а нормами о неосновательном обогащении. Сторонники такой позиции находят подтверждение в тексте ст. 1103 ГК РФ, согласно которой правила о неосновательном обогащении применяются по общему правилу к требованиям о возмещении вреда, в том числе причиненного недобросовестным поведением обогатившегося лица. Иначе говоря, согласно этому взгляду, если деликт спровоцировал неосновательное обогащение делинквента, он должен вернуть его по правилам гл. 60 ГК РФ. Поэтому, например, проценты на взыскиваемые средства подлежат начислению не с момента при-

суждения (как, к сожалению, сейчас принято делать в российской судебной практике при взыскании убытков), а с момента получения денег по правилам п. 2 ст. 1107 ГК РФ. О взыскании убытков речь пойдет здесь только тогда, когда пострадавший захочет взыскать какие-то дополнительные расходы и упущенную выгоду. И такое требование будет удовлетворяться на основании правил об ответственности (например, при наличии вины делинквента). Иначе говоря, в такой ситуации деликт порождает как требование о возврате неосновательного обогащения, так и требование о возмещении убытков.

Согласно второй позиции, если неосновательное получение денег спровоцировало деликт (или иное правонарушение) обогатившегося лица, к возврату полученных денег применяются правила о взыскании убытков, а нормы гл. 60 ГК РФ применяются субсидиарно для регулирования тех вопросов, которые не урегулированы правовым режимом убытков (например, таким образом можно обосновать начисление процентов на убытки по п. 2 ст. 1107 ГК РФ с момента присвоения денег). В рамках данной позиции норма ст. 1103 ГК РФ толкуется как основание для субсидиарного применения отдельных норм о кондикции к деликтной ответственности (например, о начале расчета процентов), но не как аргумент в пользу того, что истребование украденных средств у вора — это кондикция, а не взыскание убытков в результате деликта.

Согласно третьей позиции, истцу можно предоставить право выбирать тот правовой режим (убытки или кондикция), который ему покажется наиболее удобным.

Иногда суды квалифицируют в качестве реального ущерба, взыскиваемого с казны, денежные средства, которые были уплачены лицом, обвиненным в административном правонарушении, в качестве штрафа, если впоследствии данное дело было прекращено судом в связи с отсутствием состава правонарушения (Определение СКЭС ВС РФ от 19 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-8490). Если исходить из первой позиции, несмотря на то что штраф был уплачен в результате необоснованной попытки привлечь лицо к административной ответственности, более корректным было бы взыскание таких средств в качестве неосновательного обогащения, раз уж законодательство не предусматривает специального правового режима возврата необоснованно назначенных и уплаченных (списанных) штрафов. Если верна вторая позиция, то Суд прав, и речь идет об убытках. Если верна третья позиция, то истцу можно предоставить право выбора правового режима взыскания данных средств.

В целом более логичной кажется первая позиция: кондикция вытесняет деликтную ответственность в части возврата уплаченного (по ре-

ституции или в рамках кондикции). Но в практике встречается и обратный подход. Так, например, согласно абзацу второму п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей «[е]сли в результате исполнения договора, ущемляющего права потребителя, у него возникли убытки, они подлежат возмещению изготовителем (исполнителем, продавцом) в полном объеме». Казалось бы, если потребителю были навязаны незаконные условия договора, и потребитель их исполнял, внося на счет коммерсанта на основании таких условий некие платежи, то требование потребителя о возврате уплаченного на основании недействительных условий носит реституционный характер, а не является возмещением убытков, соответственно упоминание в п. 1 ст. 16 указанного Закона возмещения убытков подразумевает покрытие дополнительных имущественных потерь. Такова, например, практика ВС РФ в отношении возврата незаконных банковских комиссий: Суд в п. 5 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ 27 сентября 2017 г., указал на то, что возврат уплаченной комиссии подчиняется правилам о возмещении убытков. Такой подход кажется неверным.

Еще более сложная ситуация возникает с денежной компенсационной реституцией или возвратом денежного эквивалента натурального неосновательного обогащения (когда вернуть полученное в порядке реституции или кондикции в натуре невозможно), если в поведении ответчика, которое сопровождало получение обогащения, наличествует состав деликта. В п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49 указано, что возмещение денежной стоимости неосновательно полученного в результате деликта, если полученное не может быть возвращено в натуре, осуществляется по правилам о неосновательном обогащении, а в качестве убытков взыскивается лишь дополнительный ущерб. Также обычно суды истребуют денежный эквивалент полученного по недействительной сделке на основании норм о реституции, не квалифицируя это требование в качестве взыскания убытков. Иначе говоря, пока судебная практика в основном стоит на том, что возврат денежного эквивалента того, что было получено безосновательно в результате деликта обогатившегося, осуществляется в рамках правового режима неосновательного обогащения или компенсационной реституции.

Но вопрос не закрыт. Иногда высказываются иные точки зрения: а) возврат денежного эквивалента — это взыскание убытков, а нормы о кондикции применяются лишь subsidiarily; б) правовая природа возврата денежного эквивалента в качестве убытков или неосновательного обогащения зависит от наличия либо отсутствия вины делинквен-

та или даже степени вины; в) истцу следует предоставить право выбора наиболее оптимального из нескольких правовых режимов.

Вопрос требует более предметного обсуждения, но в целом идея с квалификацией требования о возврате ответчиком полученного за счет истца в результате деликта в качестве неосновательного обогащения и отнесением к убыткам только дополнительных потерь истца кажется более логичной. Если директор общества украл у общества некую сумму денег, выведя ее на свой личный счет по фиктивным договорам, он должен вернуть ее по правилам о кондикции, но общество вправе потребовать и возмещения дополнительных потерь на основании правил о взыскании убытков.

*(г) Убытки и возврат полученного по расторгнутому договору*

В случае, если одна из сторон договора уплатила другой предоплату, но впоследствии другая сторона не осуществила свое встречное исполнение и договор был расторгнут, а также в случае, если в обмен на полученную оплату было предоставлено ненадлежащее исполнение, от которого плательщик правомерно отказался и договор в связи с этим был расторгнут, равно как и в ряде аналогичных ситуаций, при расторжении договора возникает обязательство по возврату уплаченной предоплаты (аванса). Например, при досрочном расторжении договора подряда по соглашению сторон или в результате реализации заказчиком своего права на произвольный отказ от договора по ст. 717 ГК РФ может образоваться неотработанный аванс, который подрядчик обязан вернуть. Иногда в 1990-е гг. иски о возврате уплаченной цены в таких ситуациях обозначались как иски о взыскании убытков. Но в начале 2000-х гг. судебная практика ВАС РФ и затем ВС РФ стала квалифицировать такие требования как подчиняющиеся нормам о неосновательном обогащении (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49, п. 65 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 и др.). Позднее в 2014 г. ВАС РФ подтвердил, что к такому требованию применяются нормы гл. 60 ГК РФ, если иное не вытекает из специальных норм закона, условий сделки или существа отношений (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). О том же в итоге теперь с 1 сентября 2015 г. говорит и п. 4 ст. 453 ГК РФ.

В науке встречаются как точка зрения о том, что такой иск о возврате полученного при расторжении договора действительно кондикционный, так и позиция, согласно которой такое требование является договорным, образуясь в результате трансформации изначального договорного предоставления в возвращение полученного и реализуясь на ликвидационной стадии договорного правоотношения. Сторонни-

ки последней позиции исходят из того, что упомянутое в п. 4 ст. 453 ГК РФ применение правил о неосновательном обогащении является лишь юридико-техническим приемом, восполняющим пробелы в регулировании такого особого договорного ликвидационного притязания, но не означает, что законодатель ставит точку в доктринальном споре о природе такого притязания. Как бы то ни было, к убыткам сейчас притязание на возврат предоплаты при расторжении нарушенного договора уже практически никто не относит.

Этот вопрос имеет важное значение. Например, если бы возврат предоплаты при расторжении договора из-за допущенных получателем такой предоплаты нарушений своих встречных обязательств считался бы взысканием убытков, то мы были бы вынуждены освобождать продавца от обязательства вернуть предоплату, если он освобождается от ответственности за нарушение по правилам ст. 401 ГК РФ (например, имела место непреодолимая сила). Кроме того, убыточная квалификация означала бы зачетное соотношение возвращаемой суммы и начисленной в связи с нарушением договора неустойки (ст. 394 ГК РФ), что также противоречит логике. Последнее абсурдно, поэтому квалификация такого притязания в качестве убытков является грубой ошибкой.

Возвращая уплаченное в связи с расторжением договора, плательщик не привлекает контрагента к ответственности, а просто восстанавливает эквивалентность в отношениях в связи со срывом sinalлагматического договора. Убытки могут требоваться отдельно и при наличии ряда дополнительных условий. Например, это могут такие убытки взамен реального исполнения, как убытки в виде конкретной ценовой разницы или абстрактные убытки по ст. 393.1 ГК РФ.

Поэтому, если, например, покупатель уплатил 100 руб. за некое имущество, но не получил его и, расторгнув договор, потребовал уплатить ему 120 руб. — рыночную стоимость такого имущества на момент расторжения договора, необходимо выделить в этих 120 руб. два компонента: возврат предоставленного в связи с расторжением (100 руб.) и абстрактные убытки (20 руб.). Удовлетворение первого компонента (100 руб.) требования не зависит от оснований освобождения от ответственности (например, наличия непреодолимой силы, спровоцировавшей нарушение договора), так как в этой части требование к ответственности в принципе не относится. Второй же компонент (20 руб.) является взысканием убытков и подчиняется общим правилам договорной ответственности, включая правила ст. 401 ГК РФ.

То же касается и ситуации, когда продавец (подрядчик, исполнитель) выполнил лишь часть обусловленного в договоре исполнения,

а покупатель (заказчик) в ответ отказывается от договора в части, пропорциональной тому, что не было выполнено (п. 2 ст. 328 ГК РФ), и требует возврата части цены, соответствующей той части встречного неденежного обязательства, которая в связи с таким отказом прекращается. В данном случае требование о возврате части уплаченной цены не является взысканием убытков, а регулируется в соответствии с п. 4 ст. 453 ГК РФ нормами о неосновательном обогащении, если иное не вытекает из специальных норм закона, условий договора или существа отношений.

*(д) Убытки и последствия эвикции*

Согласно п. 1 ст. 461 ГК РФ «[п]ри изъятии товара у покупателя третьими лицами по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи, продавец обязан возместить покупателю понесенные им убытки, если не докажет, что покупатель знал или должен был знать о наличии этих оснований». Данная норма регулирует ответственность при эвикции.

Согласно п. 1 ст. 454 ГК РФ продавец имеет обязательство передать вещь не просто во владение, а в собственность. Если продавец передает вещь во владение, но собственность не переносит, так как сам собственником в момент передачи владения не является, налицо нарушение договора передать вещь в собственность. Естественно, ни о какой ничтожности договора купли-продажи чужого имущества речи идти не может, вопреки позиции некоторых юристов и нередко встречающейся практике судов, которые считают правильным в данной ситуации признавать ничтожным сам договор купли-продажи. Такой договор создает лишь обязательство перенести собственность, и на момент заключения договора нет никакой необходимости в том, чтобы собственность была у продавца. Статья 454 ГК РФ прямо допускает заключение договора купли-продажи вещи, которая еще не создана на момент заключения договора или которая находится в собственности другого лица и приобретение которой продавцом предполагается в будущем. Иначе говоря, лицо может принять на себя обязательство произвести в будущем отчуждение вещи, которой у него нет в собственности на момент заключения договора (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, Определение СКГД ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 14-КГ19-1). Если продавец передал покупателю вещь во владение, но распорядительной властью он не обладал, так как вещь принадлежала на праве собственности другому лицу, договор купли-продажи действителен, но переход собственности не происходит (Определение СКЭС ВС РФ от 9 октября 2018 г. по делу № 304-ЭС17-11096). Даже если запись о регистрации перехода права собственности



была внесена в ЕГРН или иные подобные правоустанавливающие реестры, право собственности к покупателю не переходит (Определение СКЭС ВС РФ от 9 октября 2018 г. № 304-ЭС17-11096). Соответственно, возврат уплаченных денег осуществляется не на основании норм о реституции, так как ни о какой ничтожности договора речь не идет, а по правилам ст. 460 и 461 ГК РФ (п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Но какова природа ответственности за эвикцию? Статья 461 ГК РФ говорит о взыскании убытков, но что действительно требует покупатель от продавца в такой ситуации? Если сейчас судебная практика ВС РФ однозначно исходит из того, что передача покупателю вещи, обремененной правами третьих лиц, является нарушением договора, то последствием такого существенного нарушения должно являться расторжение договора. Ведь если договор не ничтожен и он породил обязательства, их надо каким-то образом прекратить и перевести отношения сторон на ликвидационную стадию. Если, например, покупатель к моменту отобрания у него вещи по иску третьего лица, являющегося истинным собственником, еще не внес часть цены, ему надо прекратить свой долг, а для этого он должен отказаться от договора. По большому счету ситуация, когда продавец не передал покупателю вовсе ничего, и ситуация, когда продавец передал покупателю чужую вещь, которую покупателю пришлось тут же отдать объявившемуся собственнику, ничем сущностно не отличаются. И в первой, и во второй ситуации налицо нарушение договора, и реакцией на нарушение является отказ от договора. Последствием отказа от договора в обеих ситуациях будет возврат уплаченной цены (если таковая была уплачена), направленный на восстановление эквивалентности в отношениях сторон (если продавец не передал вещь в собственность покупателя, и договор расторгнут, то у него нет оснований удерживать полученный платеж). Возврат уплаченной цены осуществляется по правилам п. 4 ст. 453 ГК РФ, согласно которым к такому требованию применяются правила гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении, если иное не вытекает из существа отношений, закона или условий договора. Иначе говоря, возврат цены при эвикции является не взысканием убытков, а возвращением полученного при расторжении нарушенного договора.

Но остается место и для убытков. Если нарушение договора продавцом и последовавшее расторжение договора повлекли для покупателя убытки, покупатель вправе требовать их возмещения. Речь здесь идет об убытках, возникших в связи с самим фактом нарушения (например, непокрытые судебные издержки по проигранному покупателем иску о виндикации), а также об убытках взамен реального исполнения

договора в соответствии с п. 5 ст. 453 ГК РФ и ст. 393.1 ГК РФ, рассчитанных в связи со срывом всей программы договорных отношений (например, упущенной спекулятивной марже от планировавшейся перепродажи, конкретной ценовой разнице при заключении покупателем заменяющей сделки купли-продажи с другим продавцом, абстрактной ценовой разнице и т.п.). И это уже будет взыскание убытков в истинном смысле данного института.

Естественно, с учетом того, что у покупателя есть право на отказ от договора, сам факт предъявления им продавцу требования о возврате цены и (или) убытков, вызванных срывом договора, свидетельствует о расторжении договора (односторонняя сделка отказа от договора осуществляется в конклюдентной форме). Соответственно, если покупатель еще не оплатил часть цены, долг покупателя отпадает.

Сделанный вывод, что возврат уплаченной цены при эвикции к убыткам не относится, имеет важное практическое значение. Например, так как возврат уплаченной цены не является взысканием убытков, а представляет собой требование, подпадающее под правила о неосновательном обогащении с необходимыми адаптациями, покупатель вправе требовать возврата цены независимо от вины продавца. Даже если продавец не знал и не имел оснований знать о том, что не обладает правом собственности, и его абсолютно не в чем упрекнуть, он обязан вернуть полученный платеж. Правила п. 1 ст. 401 ГК РФ об освобождении от ответственности при нарушении договора при отсутствии вины здесь неприменимы. А вот для взыскания дополнительных убытков вопрос вины вполне можно ставить. Например, если гражданин продал девелоперу свой земельный участок и не знал и не имел оснований знать, что участок принадлежит третьему лицу (например, публичному образованию, у которого он когда-то незаконно выбыл), взыскание с гражданина помимо уплаченной ему цены еще и упущенной выгоды девелопера, возникшей у него в связи с невозможностью использовать участок для организации коттеджного поселка, а также расходов, понесенных на строительство на участке коттеджа, представляется несправедливым.

В равной степени, если в договоре установлен штраф на случай эвикции, он не должен идти в зачет с суммой возвращаемой цены, как если бы то были убытки (ст. 394 ГК РФ); такой штраф пойдет в зачет к сумме дополнительных убытков.

Впрочем, следует признать, что какой-то однозначной судебной практики ВАС РФ и ВС РФ, которая дифференцировала бы упомянутые в ст. 461 ГК РФ убытки вышеуказанным образом, пока нет. Так что вопрос может вызывать дискуссии.

*(е) Убытки и соразмерное уменьшение цены*

В области договорной ответственности возмещение убытков обладает сходством с такой договорной санкцией, как соразмерное уменьшение цены (*price reduction*) (см., например, п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 612 ГК РФ, п. 1 ст. 723 ГК РФ). Если продавец передал товар, подрядчик (исполнитель) выполнил работы (услуги), арендодатель передал вещь в аренду с дефектами, покупатель (заказчик, арендатор) согласно указанным нормам ГК РФ имеет право принять такое предоставление в счет договора, не отказываться от контракта, но заявить о соразмерном уменьшении цены.

Если цена не была еще уплачена, кредитор, получивший дефектное предоставление, заявляет в одностороннем порядке о соразмерном снижении цены и уплачивает ту часть цены товаров, работ или услуг (или часть согласованной арендной платы), которая соразмерна реально полученному предоставлению с учетом наличия в нем дефектов. По сути, речь идет о праве кредитора заявить об одностороннем изменении условия договора о цене. Если нарушитель не согласен с глубиной осуществленного снижения или с самим фактом наличия дефектов, он вправе обратиться в суд и довысказать необоснованно неуплаченное, если докажет необоснованность выбора покупателем (заказчиком, арендатором) данного средства защиты или глубины снижения.

Если цена уже была уплачена, покупатель (заказчик, арендатор), реализуя это средство защиты, заявляет об одностороннем изменении условия договора о цене путем ее соразмерного снижения и предъявляет требование о возврате соответствующей части уплаченного, которая в связи с осуществленным снижением оказывается неосновательным обогащением продавца (подрядчика, исполнителя, арендодателя).

В некоторых странах такого особого способа защиты права, как соразмерное уменьшение цены, нет, и в такого рода ситуациях речь идет либо о зачете покупателем (заказчиком, арендатором и т.п.) своего требования о взыскании убытков в связи с выявленными дефектами к своему еще не уплаченному встречному долгу о внесении оплаты, либо — в случаях, когда цена уже уплачена, — просто о взыскании с продавца (подрядчика, исполнителя, арендодателя) убытков; таков классический подход английского *common law*. Из международных актов унификации частного права данный подход отражен в Принципах УНИДРУА, авторы которых вслед за традицией общего права не выделяют такой способ защиты, исходя из того, что взыскания убытков в связи с дефектами (в том числе в виде разницы между рыночной стоимостью реально полученного и рыночной стоимостью того, что

было обещано и должно было быть предоставлено), а также предоставления кредитору возможности зачета своих требований о взыскании таких убытков к своему встречному еще не уплаченному долгу вполне достаточно, и оснований выделять какой-то самостоятельный способ защиты нет смысла.

Но в ряде стран соразмерное снижение цены признается как самостоятельный способ защиты, отличный от взыскания убытков или зачета убытков к цене. Этот подход, признающий особый статус соразмерного снижения цены, уходит корнями в *actio quanti minoris* в римском праве, известен многим континентально-европейским странам (Германия, Франция и др.) и нашел отражение в ряде актов международной унификации частного права. И Венская конвенция 1980 г. (ст. 50 в системном единстве с п. 5 ст. 79), и Модельные правила европейского частного права (ст. III.—3:601 в системном единстве с п. 1 ст. III.—3:701) выделяют соразмерное уменьшение цены (в форме отказа от уплаты пропорциональной части еще не уплаченной цены или требования возврата пропорциональной части уже уплаченной цены) как самостоятельный способ защиты, отличный от зачета убытков к цене или взыскания убытков. Специфика правового режима данного средства защиты видится в первую очередь в том, что он не зависит от вины должника в осуществлении дефектного предоставления, а также основан на формуле исчисления глубины снижения цены, отличной от той, которая должна применяться, если речь идет о расчете убытков по модели защиты позитивного интереса.

ГК РФ лишь упоминает соразмерное снижение цены в ряде вышеуказанных норм в отношении ключевых sinalлагматических возмездных договоров, но не проясняет, как этот механизм соотносится с институтом взыскания убытков. Так что мы теоретически можем пойти по любому из двух описанных путей — условному англосаксонскому и условному континентально-европейскому. Если пойти по первому пути, то данные нормы следует понимать просто как указание на право покупателя, заказчика или арендатора зачитывать свое требование о возмещении убытков к своему долгу по оплате, которое, впрочем, следовало бы признавать безотносительно к наличию или отсутствию таких специальных норм, поскольку общих правил о зачете было бы вполне достаточно. Если идти по второму пути, то следует четко отделить правовой режим этого механизма от режима убытков, прояснив прежде всего формулу снижения. К сожалению, пока никакой практики высших судов, проясняющей специфику соразмерного снижения цены, нет, так что вопрос в полной мере не прояснен. В практике же нижестоящих судов устойчивый тренд определить сложно,

но заметно, что многие суды понимают соразмерное снижение цены как напоминание о праве взыскать убытки в связи с дефектами или зачесть их к долгу, не видя специфики этого института, но некоторые суды интуитивно угадывают ту специфическую формулу снижения, которая характерна для тех континентально-европейских стран, которые отделяют этот способ защиты от убытков.

Представляется, что для отделения механизма соразмерного уменьшения цены от убытков есть основания. Для прояснения аргументов в пользу такого подхода следует указать на главные отличия соразмерного снижения цены от убытков, признаваемые в тех странах и тех актах международной унификации частного права, которые знакомы с таким разделением.

Цель соразмерного уменьшения цены, если признавать его в качестве самостоятельного способа защиты права, — не взыскать с нарушителя компенсацию за нарушение ради защиты позитивного интереса, т.е. не присудить в пользу кредитора столько, чтобы поставить его в положение, в котором он находился бы, если бы исполнение было предоставлено без дефектов (как если бы речь шла об обычных убытках в связи с нарушением договора), и не взыскать компенсацию по модели защиты негативного интереса (так как договор остается в силе), а в том, чтобы привести цену в соответствие с реальным качеством полученного от нарушителя предоставления. Задача этого механизма — изменить договор таким образом, как если бы он изначально предусматривал предоставление того качества, которое было реально получено кредитором, т.е. адаптировать договор, приведя встречные предоставления в соответствие друг с другом. В основе данного способа защиты скорее логика предотвращения неосновательного обогащения, чем ответственности.

Из этой функциональной направленности данного института следуют две важные особенности его правового режима.

Во-первых, в отличие от механизма возмещения убытков, для уменьшения цены не требуется вина нарушителя и не имеет значение, освобождается ли нарушитель от ответственности в силу непреодолимой силы. Неважно, есть ли вина гражданина, продающего квартиру, в том, что ее качество оказалось хуже, чем то, которое подразумевалось или было оговорено в договоре, и не имеет значения, что отгруженный коммерсантом товар оказался замочен в пути в связи с обстоятельствами непреодолимой силы: если квартира или товар были переданы покупателю с дефектами, покупатель не должен платить за него столько, сколько было оговорено в контракте, а должен заплатить столько, сколько он заплатил бы, если бы изначально знал о том, что получит

вещь такого качества. Для взыскания же убытков в их классическом понимании вопрос вины (или непреодолимой силы) имеет определяющее значение: при отсутствии вины (или при наличии непреодолимой силы) кредитор не может взыскать убытки. При попытке взыскать упущенную выгоду в связи с тем, что проданная вещь содержала дефект и не могла быть использована на некоем, скажем, фестивале, продавец может избежать такой ответственности, если докажет отсутствие вины, но для приведения цены данной вещи в соответствие с ее реальным качеством отсутствие вины иррелевантно.

Во-вторых, сама формула снижения цены, которая не прописана в ГК РФ, но чаще всего используется в тех странах, в которых такой способ защиты выделяется, направлена не на защиту позитивного интереса, а на пропорциональное снижение цены. Если бы речь шла о взыскании убытков, скажем, покупатель, получивший дефектный товар, не готовый расторгать договор в связи с этим, может рассчитать убытки либо по формуле своих понесенных или предполагаемых затрат на приведение вещи в соответствие с договорным качеством, либо по следующей формуле расчета упущенной выгоды: из рыночной цены полученного предоставления, которая имела бы, если бы предоставление было качественным, вычитается рыночная цена реально полученного дефектного предоставления; образующаяся разница является убытком покупателя и подлежит возврату (если цена уже была уплачена) или может быть зачтена к еще не уплаченному встречному долгу в отношении цены. Эта разница в объективных ценностях обещанного в договоре и предоставленного по факту есть упущенная покупателем выгода в результате поставки ему и принятия им в счет договора дефектного товара. Присуждение данной разницы посредством денежной компенсации или ее зачет к еще не уплаченной цене приводят покупателя (заказчика, арендатора) строго в то положение, в котором он находился бы, если бы предоставление было качественным. Покупатель рассчитывал получить имущество стоимостью, скажем, в 100 тыс. руб., уплатил эту цену, получил нечто, что стоит 70 тыс. руб.; это значит, что его позитивный интерес не удовлетворен в размере 30 тыс. руб., а следовательно, присуждение этих 30 тыс. руб. к возврату в качестве убытков вручает покупателю компенсацию, позволяющую защитить позитивный интерес, реализовав его в форме вручения денежного суррогата. То же и в случае с взысканием расходов на устранение дефекта: взыскание такой суммы позволяет кредитору, потратив взысканное на устранение дефекта или покрыв с помощью взысканного свои расходы на устранение, оказаться в положении, близком к тому, в котором он находился бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом.

Формула же соразмерного снижения цены, как она понимается, скажем, в немецком праве, а также в соответствии с Венской конвенцией 1980 г. или Модельными правилами европейского частного права, выглядит несколько иначе. Определяется не абсолютная разница, а ценовая пропорция. Статья 50 Венской конвенции 1980 г. гласит: «Если товар не соответствует договору и независимо от того, была ли цена уже уплачена, покупатель может снизить цену в той же пропорции, в какой стоимость, которую фактически поставленный товар имел на момент поставки, соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору». Эта модель работает следующим образом. Так же как и в случае расчета убытков в связи с дефектами в классическом английском праве при определении формулы пропорционального снижения цены, рыночная цена обещанного предоставления без дефектов сравнивается с рыночной ценой реально полученного дефектного предоставления, но далее определяется не абсолютная денежная разница, которая вычитается из еще не уплаченной цены договора путем зачета или взыскания, а пропорция соотношения двух указанных рыночных цен. Далее полученная пропорция в виде соответствующего процента накладывается на цену договора и из последней вычитается та часть, которая соответствует этому проценту.

Впрочем, тут есть нюансы. Согласно Венской конвенции 1980 г. для целей применения этой формулы рыночная цена гипотетического качественного предоставления определяется на момент реального предоставления, в то время как в силу § 441 Германского гражданского уложения — на момент заключения договора.

В реальности, если допустить стабильность цен в промежутке между заключением договора и осуществлением дефектного предоставления, а также то, что изначальная цена договора строго соответствовала рыночной цене, формула пропорционального снижения цены приведет к той же величине снижения, которая получилась бы, если бы убытки взыскивались по модели разницы между ценностью обещанного и фактически предоставленного на английский манер. Но если одно из двух указанных условий не соблюдается, результаты окажутся разными, иногда принципиально.

Для иллюстрации применим ту формулу снижения цены, которая закреплена в Венской конвенции 1980 г. к ситуации поставки нефти. Представим, что партия нефти по долгосрочному договору поставки подлежала поставке по цене в 5 млн руб., одна из поставленных по договору партий оказалась дефектной. На рынке на момент реальной поставки с учетом резкого взлета цен партия предусмотренной дого-

вором марки нефти стоила уже 10 млн руб., но такая же партия нефти с теми качественными характеристиками, которые были у реально поставленной дефектной партии нефти, на рынке на тот же момент стоила 9 млн руб. Соответственно, дефектная партия стоила на рынке на момент поставки на 10% меньше, чем такая же партия, но без дефекта. Далее мы отнимаем от цены договора (5 млн руб.) 10% и получаем снижение цены до уровня 4,5 млн руб., а значит, возврат 500 тыс. руб. из уплаченной за товар цены или внесение покупателем вместо 5 млн руб. суммы на 500 тыс. руб. меньше (т.е. 4,5 млн руб.). Применение механизма взыскания убытков по модели защиты позитивного интереса в виде абсолютной разности в ценностях обещанного по договору и фактически предоставленного здесь дало бы сумму упущенной выгоды в размере 1 млн руб. (10 млн – 9 млн). Иначе говоря, упущенная выгода здесь оказывается в два раза выше, чем подлежащая возврату покупателю сумма в связи с пропорциональным снижением цены.

Действительно, если мы хотим поставить покупателя в то материальное положение, в котором он находился бы, если бы товар был поставлен без дефектов, в описанном примере нам надо присудить ему упущенную выгоду именно в 1 млн руб. Ведь если бы нарушения не было, покупатель, заплатив 5 млн руб., получил бы товар стоимостью в 10 млн руб., и получил бы доход в 5 млн руб. Но в реальности он получил товар, который стоит 9 млн руб., и 1 млн руб. – его упущенная выгода.

Если же применяется модель соразмерного, пропорционального снижения цены по характерной для континентально-европейского права модели, мы пытаемся привести цену договора к той, по которой покупатель был бы готов купить дефектный товар. Так как забраться в сознание покупателя невозможно, право исходит из презумпции того, что цена, которую покупатель готов заплатить за товар, снижается пропорционально снижению качества.

Но соотношение двух методов даст обратный результат, если предположить, что цены на рынке упали. Если в описанном выше примере нефть упала в цене к моменту поставки до 2,5 млн руб. за согласованную партию, а с учетом дефекта она стоила бы 2,25 млн руб., пропорция соотношения качественной и дефектной нефти на момент поставки такая же: дефектная нефть стоит на 10% меньше качественной. Соответственно, вычитание из цены договора 10% будет давать все те же 500 тыс. руб., которые продавец должен вернуть или покупатель может не уплачивать. Но применение формулы расчета позитивного интереса в варианте упущенной выгоды от получения менее качественного товара позволит покупателю вернуть лишь 250 тыс. руб. разницы между



2,5 млн руб. рыночной стоимости качественной нефти и 2,25 млн руб. рыночной стоимости дефектной нефти. Иначе говоря, здесь пропорциональное снижение оказывается более выгодным для покупателя, чем взыскание убытков по модели защиты позитивного интереса.

Признание самостоятельного значения такого способа защиты, как пропорциональное, соразмерное снижение цены, позволяет покупателю (заказчику, арендатору) выбирать тот способ защиты, который ему кажется удобнее. Он может потребовать взыскания упущенной выгоды в виде разницы ценностей обещанного и фактически предоставленного, если уже уплатил цену, либо предъявить те же убытки к зачету к своему долгу о внесении цены, если она еще не была уплачена. Вместо этого он может потребовать взыскания и своих понесенных или будущих расходов на устранение дефекта или представить такие убытки к зачету к еще не уплаченной цене. Выбор в пользу расчета упущенной выгоды логичен, если покупатель хочет реализовать свой позитивный интерес, и особенно предпочтителен, если цены на товар на рынке выросли; выбор в пользу расчета реального ущерба в виде компенсации расходов на устранение дефекта приведет к взысканию в пользу покупателя более значительной суммы, если эти расходы выше той самой разницы в ценностях обещанного и фактически предоставленного. Но и взыскание упущенной выгоды в виде разности в ценностях обещанного и переданного, и возмещение расходов на устранение дефекта, как и любой иной вариант взыскать убытки, зависят от вины или обстоятельств непреодолимой силы. Если продавец, не действующий как коммерсант, невиновен в передаче товара с дефектом, покупатель не сможет потребовать взыскания убытков по одной из указанных моделей (п. 1 ст. 401 ГК РФ). Выбор же в пользу пропорционального снижения цены выгоднее для покупателя, если цены на рынке упали, и преимущество данного способа защиты при любой ценовой конъюнктуре состоит в том, что его применение не зависит от обстоятельств освобождения от ответственности.

Естественно, кредитор не может требовать и пропорционального снижения цены, и взыскания убытков в виде разницы между ценностями обещанного и реально полученного на момент предоставления (или в виде расходов на устранение дефекта). Он должен выбирать.

При этом покупатель (заказчик, арендатор), независимо от того, заявил ли он о пропорциональном снижении цены или взыскал (либо зачел к неуплаченной цене) упущенную выгоду в виде разницы в ценностях обещанного и полученного на момент предоставления (или реальный ущерб в виде расходов на устранение), может требовать взыскания и иных, дополнительных убытков, которые у него воз-

никли в связи с получением дефектного исполнения (например, штрафов, которые к нему применили третьи лица в результате этого). Эта позиция разделяется практически всеми правопорядками и актами международной унификации (п. 3 ст. III.—3:601 Модельных правил европейского частного права).

Но, во-первых, эти дополнительные убытки не могут быть взысканы, если нарушитель договора освобождается от ответственности (например, гражданин, не действующий как коммерсант, осуществил дефектное предоставление без вины, или коммерсант допустил такое нарушение в силу обстоятельств непреодолимой силы).

Во-вторых, эти дополнительные убытки должны быть совместимы с тем выбором способа защиты, который сделал кредитор: последний не может получить двойную компенсацию одного и того же интереса. Например, если покупатель соразмерно снизил цену, он не может потребовать возмещения своих расходов на устранение дефектов, но может потребовать возмещения упущенной выгоды в связи с тем, что он утратил возможность использовать полученное в соответствии с тем назначением, которое он планировал, или с той интенсивностью, на которую он рассчитывал.

Все вышеуказанные выводы следует признать логичными и неизбежными, если в российском праве соразмерное уменьшение цены будет признано самостоятельным способом защиты права. Нашему праву надо будет только определиться с моментом, на который должна устанавливаться рыночная цена обещанного и фактически предоставленного исполнения для определения необходимой пропорции. Как мы видим, в разных правопорядках этот вопрос решается по-разному.

Следует также уточнить, что на практике, если цены на рынке стабильны и цена договора была примерно сопоставима с рыночным уровнем цен, кредитор может посчитать глубину снижения простым способом, заказав лишь одну экспертную оценку — оценку стоимости реально осуществленного дефектного предоставления. Рыночный уровень обещанного будет определяться ценой договора (такое соответствие, видимо, должно презюмироваться). В этой ситуации глубина снижения будет определяться как разница между результатом оценки дефектного предоставления и ценой договора. И полученная сумма будет равна той, которая была бы получена при применении формулы расчета упущенной выгоды в виде разницы между ценностями обещанного и фактически предоставленного; метод определения пропорции даст тот же результат, что и простое механическое вычитание стоимости предоставленного из стоимости обещанного. Например, если обещана была квартира, цена договора соответствовала рыночному

уровню и через неделю после заключения договора к моменту передачи квартиры цены на рынке не изменились, при выявлении дефекта покупатель просто заказывает оценку квартиры с учетом данного дефекта, и, если рыночная цена оказывается ниже договорной, он требует вернуть разницу или не вносит ее, если цена еще не уплачена. Более сложные расчеты потребуются, если речь идет о долгосрочном договоре и волатильности цен на данном рынке, а также если изначальная цена не вполне соответствовала рыночному уровню.

Если наше право в итоге не пойдет по пути немецкого права и Венской конвенции 1980 г. и склонится к решению, характерному для классического английского права или Принципов УНИДРУА (в рамках которых соразмерное снижение цены независимо от вины не выделяется, а речь всегда идет о взыскании или зачете убытков) и будет понимать упоминания в указанных статьях ГК РФ соразмерного уменьшения цены как напоминание о возможности зачета убытков, то тогда придется осуществить телеологическую редукцию норм ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности. Иначе при отсутствии вины продавца (подрядчика, исполнителя, арендодателя) или при наличии непреодолимой силы, помешавшей ему исполнить свое обязательство надлежащим образом, у покупателя (заказчика, арендатора) могут возникнуть проблемы с зачетом своего требования о взыскании убытков к еще не уплаченной цене договора или возвратом части уплаченной цены.

Также при реализации этого подхода придется решить проблемы недопустимости зачета и субординации упущенной выгоды в российском банкротном праве (см. подробнее п. 1.18 комментария к настоящей статье). Ведь если считать, что снижение еще не уплаченной цены — это зачет убытков в связи с дефектами в полученном предоставлении к долгу по его оплате, при попадании продавца (подрядчика, исполнителя и т.п.) под процедуры банкротства после осуществления им дефектного предоставления покупатель (заказчик и т.п.) оказывается в сложном положении: долг по оплате с него будет взыскан в конкурсную массу продавца (подрядчика, исполнителя и т.п.), а встречное требование по взысканию упущенной выгоды в виде разности ценностей обещанного и фактически предоставленного он зачесть не сможет; при установлении же его требования о взыскании таких убытков в реестре требований кредитора банкрота шансы получить хоть что-то равны нулю, так как российское банкротное право требования о взыскании упущенной выгоды субординирует.

Проблему с запретом на зачет в банкротстве можно решить, если признать, что данный запрет не распространяется на взаимные де-

нежные требования, вытекающие из единого правоотношения и тесно между собой взаимосвязанные. Проблему с субординацией упущенной выгоды можно было бы решить за счет признания того, что в ситуациях допустимости зачета последний может касаться и упущенной выгоды. Первые признаки того, что ВС РФ начал реализовывать в своей практике оба указанных подхода уже имеются (см. п. 1.18 комментария к настоящей статье). Если указанные проблемы решены, этот банкротный аргумент против «зачетно-убыточной» модели объяснения отпадает.

Итак, мы описали выше два альтернативных подхода к пониманию тех норм о соразмерном уменьшении цены, которые содержатся в ряде статей ГК РФ. Сейчас наше право стоит перед выбором и окончательно его не сделало. Ясность появится только с публикацией каких-либо однозначных разъяснений ВС РФ по данному вопросу. Как представляется, более логичным было бы восприятие решения, известного Венской конвенции 1980 г., немецкому праву и праву ряда иных континентально-европейских стран, и понимание соразмерного уменьшения цены в качестве самостоятельного способа защиты права, отличного от убытков. Это, во-первых, более простой путь обосновать очевидную неприменимость правил ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности к случаям, когда кредитор, получивший дефектное предоставление, хочет лишь привести цену договора и реально предоставленное по нему в соответствие, не претендуя на возмещение каких-то иных убытков. Во-вторых, этот путь позволяет избежать ряда вышеуказанных специфических проблем, связанных с особенностями российского банкротного права (если они так и не будут решены иным путем).

*(ж) Убытки и взыскание судебных расходов*

Весьма близка к убыткам такая санкция, как взыскание судебных расходов. Иногда суды говорят, что судебные расходы в принципе убытками не являются (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 декабря 2007 г. № 121), но иногда утверждают, что речь по сути идет о своеобразных убытках (Определение СКЭС ВС РФ от 12 октября 2017 г. № 309-ЭС17-7211). Как представляется, при возмещении судебных расходов речь идет о взыскании убытков, вызванных ведением судебного спора, но согласно специальным правилам и по специальным основаниям, установленным в процессуальном законодательстве. По сути, взыскание судебных расходов является комплексным материально-процессуальным институтом.

Нормы ГК РФ о денежных обязательствах к присужденным судом судебным расходам применяются в той части, в которой это не проти-

воречит процессуальной специфике этого института. Так, например, на присужденные судебные расходы начисляются проценты годовые по ст. 395 ГК РФ, как и на обычные присужденные убытки (Определение СКЭС ВС РФ от 12 октября 2017 г. № 309-ЭС17-7211), требование о взыскании судебных расходов может быть уступлено по правилам о цессии (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 21 января 2016 г. № 1). Но при этом условия и порядок взыскания таких убытков определяются соответствующими нормами процессуального законодательства. Поэтому, например, возмещение судебных издержек в рамках отдельного иска не допускается (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 декабря 2007 г. № 121, Постановление Президиума ВАС РФ от 19 сентября 2000 г. № 4144/00). При этом важно понимать, что в тех случаях, когда расходы присуждаются в пользу победившего в споре истца, защищавшего свое нарушенное право, речь идет о возмещении особого вида убытков, возникших в результате нарушения. Но там, где выигранный иск был подан в целях реализации охраняемого законом интереса (например, оспаривание сделки, расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств и т.п.), нарушения права нет, но такой убыток подлежит возмещению. Там же, где иск был проигран и расходы присуждены в пользу ответчика, также нелегко обнаружить нарушенное право ответчика, если не фигуровать право не быть побеспокоенным необоснованным иском или иском, против которого у ответчика имелось эффективное возражение. Иначе говоря, возмещение судебных расходов — это действительно возмещение убытков, но как минимум в целом ряде случаев это одна из тех многочисленных ситуаций, когда в силу закона убытки взыскиваются не в связи с нарушением права.

Впрочем, тезис о том, что возмещение судебных расходов — это гибридный материально-процессуальный институт, требует развития и прояснения по целому ряду аспектов. Например, встает вопрос, является ли возмещение судебных расходов вопросом материального или процессуального права в контексте рассмотрения в РФ спора, подчиненного праву зарубежной страны, или рассмотрения в зарубежном суде спора, подчиненного российскому праву. Национальный суд всегда применяет свое национальное процессуальное право, но может применять чужое материальное частное право, если коллизионные нормы или соглашение о применимом праве диктуют ему такой выбор. И здесь вопрос о том, что в институте возмещения судебных расходов преобладает — материальный или процессуальный аспект — встает ребром. Если верно первое, то российский суд, рассматривающий спор по праву того или иного штата США, должен

вовсе отказать в возмещении судебных расходов, так как в США доминирует подход, согласно которому по общему правилу судебные расходы не возмещаются, и каждая сторона несет свои расходы (так называемое американское правило (American rule)). Если верно второе, то российскому суду абсолютно все равно, каков режим возмещения судебных расходов в праве США, и он будет возмещать расходы согласно нормам ГПК РФ или АПК РФ. Представляется, что последний подход является наиболее логичным. Российский судья связан нормами ГПК РФ и АПК РФ и теми правилами возмещения судебных расходов, которые там предусмотрены. В то же время более тонкие вопросы могут возникать в отношении применения норм материального права к притязанию о возмещении присужденных расходов (о начислении процентов на них, об уступке и т.п.): подчиняются ли эти сугубо материально-правовые манипуляции с правоотношением по возмещению присужденных судебных расходов нормам иностранного применимого права, если в целом оно применимо к материальным правоотношениям сторон? Или раз уж вопрос о самом возмещении или невозмещении решается по национальному российскому процессуальному праву, то и в отношении дальнейшей судьбы таких притязаний работают нормы российского материального права? Эти вопросы заслуживают серьезного обсуждения.

Также примат материального или процессуального элементов этого гибридного института может проявляться и в ряде иных аспектов. Например, действует ли здесь свобода договора, и могут ли стороны заранее (например, при заключении договора или перед началом судебного разбирательства) договориться о пределах возмещения судебных расходов, применении «американского правила» и несении каждой из сторон своих судебных издержек или даже возмещении всех понесенных судебных расходов без ограничений? Многие процессуалисты ответят однозначным «нет», но так ли однозначен этот ответ? В данной области может возникать и множество иных вопросов на стыке материального права и процесса, которые здесь обсуждать неуместно.

Особой спецификой обладает такой компонент судебных расходов, как расходы на оплату услуг представителя, понесенные лицом, в пользу которого принят судебный акт. Они взыскиваются с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах (см., например, п. 2 ст. 110 АПК РФ). На практике суды довольно часто существенно снижают размер таких расходов, подлежащих возмещению, руководствуясь тем, что они являются неразумно высокими. Это не способствует полноценному восстановлению нарушенного имущественного положения потерпевшего. Кроме того, более лояльное отношение судов к взыска-

нию расходов на представителей способствовало бы более осторожному отношению к участию в спорах, в частности, избавило бы суды от многих необоснованных исковых требований и бесперспективного возражения против обоснованных исков.

Остается только отметить, что российское процессуальное законодательство знает целый ряд пробелов в отношении возмещения судебных издержек. Такие пробелы на практике восполняются за счет прямого применения правил ГК РФ о возмещении убытков. Например, в Определении КС РФ от 29 сентября 2011 г. № 1150-О-О указано следующее: «Возмещение судебных расходов на основании [ч. 1 ст. 110 АПК РФ] осуществляется только той стороне, в пользу которой вынесено решение арбитражного суда, разрешившее спор по существу. Что касается третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, то они субъектами правоотношения, ставшего предметом рассмотрения в арбитражном суде, не являются.

Между тем отсутствие нормы, регулирующей возмещение судебных расходов лица, чье право нарушено, не означает, что такие расходы не могут быть возмещены в порядке статьи 15 ГК Российской Федерации».

В Постановлении КС РФ от 21 января 2019 г. № 6-П эта идея была генерализована: «В случаях, когда возмещение судебных расходов законом не предусмотрено, лицо вправе добиваться возмещения причиненных ему убытков в самостоятельном процессе, если для этого имеются основания, предусмотренные ст. 15 ГК Российской Федерации, что соотносится с требованиями Конституции Российской Федерации, ее статьи 19 (часть 1) о равенстве всех перед законом и судом и статьи 35 (часть 1) об охране права частной собственности законом...»

По той же логике субсидиарного применения гражданско-правового режима взыскания убытков при отсутствии специального инструмента возмещения расходов в связи с тем или иным процессуальным правоотношением происходит возмещение расходов на юридическую помощь, оказанную лицу в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении, которое в итоге закончилось победой лица, которого пытались привлечь к административной ответственности. Такое возмещение в КоАП РФ не предусмотрено, но в абзаце четвертом п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. № 5 по этому поводу было указано: «Расходы на оплату труда адвоката или иного лица, участвовавшего в производстве по делу в качестве защитника, не отнесены к издержкам по делу об административном правонарушении. Поскольку в случае отказа в привлечении лица к административной ответственности либо удовлетворения его жалобы на постановление

о привлечении к административной ответственности этому лицу причиняется вред в связи с расходами на оплату труда лица, оказывавшего юридическую помощь, эти расходы на основании статей 15, 1069, 1070 ГК РФ могут быть взысканы в пользу этого лица за счет средств соответствующей казны (казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации)». Ту же позицию см. в Определении СКГД ВС РФ от 14 августа 2018 г. № 11-КГ18-18, Постановлении Президиума ВАС РФ от 3 марта 2009 г. № 13456/08.

Но ссылка на ст. 15 ГК РФ для обоснования взыскания убытков возможна только там, где нет специального процессуального инструмента возмещения судебных или иных процессуальных издержек. Если такой механизм имеется и он предусматривает определенные условия, процедуры реализации и ограничения, использование ссылки на ст. 15 ГК РФ не может осуществляться в целях обхода этих специальных процессуальных норм. Так, истец, чьи издержки на адвоката были взысканы в судебном процессе лишь частично на основании жесткого критерия разумности расходов, который намного требовательнее, чем общее правило митигации убытков в гражданском праве, не может впоследствии отдельным иском пытаться взыскать образовавшуюся разницу по правилам ст. 15 ГК РФ.

*(з) Возмещение потерь*

Наконец, среди институтов, схожих с убытками, нельзя не вспомнить недавнее нововведение — возмещение потерь (ст. 406.1 ГК РФ). Подчеркивая отличие данного института от компенсации убытков, законодатель даже намеренно использовал термин «потери» вместо «убытки». Более того, в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ указано, что здесь имеются в виду потери, не связанные с нарушением договора сторонами.

Речь идет о потерях, которые возникают в результате наступления иных, отличных от нарушения договора обстоятельств, которые тем не менее имеют значение для стороны по договору. Например, покупатель 100%-го пакета акций промышленного предприятия не хочет даже опосредованно нести риск наложения на предприятие штрафов за нарушение природоохранного законодательства, основания для которых возникли в период, когда акционерное общество контролировал продавец и его менеджмент. Продавец, конечно, может дать покупателю заверения в отношении того, что таких нарушений общество не допускало, и если на поверку это заверение окажется недостоверным, то продавец будет нести ответственность (т.е. возмещать убытки и может столкнуться с соразмерным уменьшением покупателем цены) за нарушение заверений, характеризующих качества объекта обязательственного предоставления (т.е. за качество проданного имущества).



Но это означает, что продавец рискует солгать, а ложь будет давать покупателю право на оспаривание договора по правилам ст. 178 и 179 ГК РФ с двусторонней реституцией. Продавец не всегда уверен в том, что обстоятельства именно таковы, какими они ему представляются (всегда есть вероятность того, что менеджмент скрыл от собственника компании ту или иную значимую информацию). Поэтому он может быть не готов давать заверения и нести риски оспаривания договора. Вместо этого продавец может использовать институт возмещения потерь. Продавец не дает никаких заверений, но обязуется возместить покупателю все расходы, которые могут возникнуть у общества в связи с наложением указанных штрафов и их судебным оспариванием. Несение обществом таких издержек снижает чистые активы общества по сравнению с теми ожиданиями, которые имел покупатель, а это косвенно сказывается на имущественных интересах покупателя. Как видно из данной ситуации, продавец ни в чем не нарушает договор купли-продажи, а лишь страхует покупателя от материализации соответствующих рисков. Не случайно в литературе нередко звучит мысль о том, что возмещение потерь по ст. 406.1 ГК РФ представляет собой своеобразное внутреннее страхование — только риск возникновения потерь принимает на себя не страховщик, а сторона договора.

Для возмещения потерь необходимо установить наступление того обстоятельства, с которым договор связывает возмещение потерь, и сами потери, а также их возникновение по причине наступления соответствующего обстоятельства. Таким образом, по ст. 406.1 возмещению подлежат не любые потери. Как указал Пленум ВС РФ, возмещаются только те потери, которые находятся в причинно-следственной связи с теми обстоятельствами, что указаны в условиях договора (см. п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Естественно, стороны договора могут уточнить в договоре порядок определения потерь (например, согласовать, что размер потерь покупателя в вышеуказанном примере с наложением «экологического» штрафа на приобретаемую компанию будет равняться размеру самого уплаченного компанией штрафа, умноженному на процент корпоративного контроля, отчужденного по договору). Если такая формула грубо не противоречит экономической логике и здравому смыслу, нет никаких причин не применять ее при определении размера присуждения.

*(и) Неустойка и проценты годовые за просрочку*

Главное отличие законной или договорной неустойки от взыскания убытков состоит в том, что здесь в законе или соглашении сторон определяется конкретный размер компенсации. При явной несораз-

мерности суд может снизить размер неустойки (ст. 333 ГК РФ), а также по общему правилу кредитор вправе взыскать убытки в сумме, превышающей размер неустойки (ст. 394 ГК РФ), но наличие согласованного размера санкции дает кредитору определенное преимущество по сравнению с базовой моделью, в рамках которой кредитор должен доказывать свои убытки с нуля. Чем интенсивнее суды снижают неустойку, тем меньше практическая значимость этого отличия, но полностью оно не устраняется (например, согласованная неустойка, которую должен уплатить коммерсант, может быть снижена только по заявлению ответчика и только в исключительных случаях).

То же по сути касается и института процентов годовых за просрочку платежа (ст. 395 ГК РФ). Кредитор по нарушенному денежному обязательству в силу ст. 395 ГК РФ может взыскать указанную в данной статье компенсацию, не доказывая убытки в связи с просрочкой платежа. Это минимум компенсации, которая ему причитается: если кредитор докажет наличие убытков в большем размере, такие убытки будут взысканы в сумме, превышающей размер процентов (п. 2 ст. 395 ГК РФ). Иначе говоря, так же как и неустойка, проценты годовые согласно ГК РФ носят однородный с убытками характер, и последние взыскиваются в сумме, превышающей размер процентов, а не помимо них (как бы было, если бы проценты за просрочку воспринимались законом в качестве аналога платы за пользование займом). По сути, в контексте российского права взыскание таких процентов — это своеобразный способ абстрактного вменения убытков.

То, что проценты воспринимаются российским правом именно как мера ответственности, близкая к законной неустойке (до степени смешения), подтверждается не только зачетным соотношением с убытками согласно п. 2 ст. 395 ГК РФ, но и тем, что наличие согласованной неустойки исключает применение диспозитивной нормы о процентах годовых (п. 4 ст. 395 ГК РФ), а также тем, что устойчивая судебная практика освобождает должника, не действующего в качестве коммерсанта, от ответственности за просрочку платежа при отсутствии вины по п. 1 ст. 401 ГК РФ (п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9; Определение СКГД ВС РФ от 20 июня 2017 г. № 5-КГ17-79; постановления Президиума ВАС РФ от 24 декабря 2002 г. № 9651/00, от 24 декабря 2002 г. № 9654/00, от 21 ноября 2000 г. № 7668/99). В этом российское право расходится с положениями международных актов унификации, согласно которым должник, который освобождается от ответственности за нарушение, тем не менее продолжает быть обязанным уплатить проценты годовые за допущенную просрочку, так как проценты за просрочку воспринимаются

в этих актах не как мера ответственности, а как плата за пользование деньгами, природа которой ближе к процентам по займу, чем к убыткам и законной неустойке (п. 4 ст. 7.1.7 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—3:708 Модельных правил европейского частного права).

*(к) Заранее оцененные убытки*

Широко известно, что в английском праве вплоть до последних лет неустойка была вне закона и, соответственно, не подлежала взысканию. В связи с этим функцию, схожую с неустойкой, выполнял иной институт — заранее оцененные убытки (*liquidated damages*). Различие этих санкций в английском праве заключалось в том, что неустойка рассматривается как сугубо произвольная сумма, не связанная с расчетами сторон по поводу того, какие последствия может вызвать нарушение договора, а включенная в договор исключительно в целях стимулирования должника к соблюдению договора, устрашения и превенции нарушений. Заранее оцененные убытки, напротив, выражают те негативные последствия возможного будущего нарушения договора, которые представляют себе стороны в момент заключения договора. С точки зрения перспектив их взыскания не имеет значения, оправдались ли эти расчеты, — важно, чтобы эта цифра выглядела как попытка подсчета возможных убытков. Если английский суд приходил к такому выводу, заранее оцененные убытки взыскивались в полном объеме и не снижались, даже если фактические убытки оказались ниже. В последние годы разграничение стало строиться на несколько иных началах, и судебная практика стала допускать взыскания сумм, которые включены в целях стимулирования, а не в качестве расчета возможных убытков, — главное, чтобы размер санкции был пропорционален интересу кредитора в реальном исполнении. Это во многом начинает стирать грань между неустойкой и заранее оцененными убытками.

Впрочем, погружаться в хитросплетения английского права нет никакой нужды — нам и российской юридической путаницы достаточно. Важно лишь показать, что институт заранее оцененных убытков возник в английском праве как ответ на установление жесткого запрета на согласование договорной неустойки и попытка обойти его, найдя повод для дифференциации такого договорного условия и неустойки в той мотивации, которую стороны держали в уме, фиксируя в договоре ту или иную сумму компенсации на случай нарушения.

Если попытаться переложить эту классификацию на российскую почву, возникает вопрос: стоит ли и в контексте российского права выделить такой институт, отделив его от классического института неустойки по критерию мотивации сторон при согласовании размера ответственности и выведя тем самым из-под действия общих правил

о неустойке (включая правила ст. 333 ГК РФ), с учетом того, что у нас неустойка вовсе не запрещена?

Казалось бы, свобода договора позволяет согласовывать любые условия, не противоречащие закону, доброй совести или основам нравственности или правопорядка. Но дело в том, что стороны не свободны в вопросах квалификации согласованных ими конструкций: как бы они ни назвали свое соглашение, оно будет квалифицировано судом с учетом содержания его условий, а не по использованному сторонами названию. Поэтому для существования параллельной и независимой от неустойки меры ответственности необходимо обнаружить существенное отличие, причем такое, которое убедительно обосновало бы целесообразность отделения этой новой конструкции от правового режима неустойки.

Единственным отличием, которое претендует на роль критерия разделения неустойки и заранее оцененных убытков, является мотивация сторон — стимулирующая или прогнозная. Здесь нужно учитывать следующее: определить, что стороны на самом деле имели в виду — стимулирование и превенцию или расчет возможных убытков, на практике в большинстве случаев невозможно. Оба соображения могут иметь значение. На практике появление клона неустойки в лице заранее оцененных убытков с отделением последних от гипотез правил ст. 333 ГК РФ и иных правил о неустойке приведет к тому, что во всех контрактах теперь будут фигурировать заранее оцененные убытки, и суды погрязнут в бесконечных спорах об истинной природе этого условия, разрешение которых будет построено на всевозможных спекуляциях и гипотезах о том, что на самом деле имели в виду стороны.

Соответственно, объективная потребность в разделении стимулирующих санкций и заранее оцененных убытков в контексте российского права отсутствует. В российском праве, в отличие от права английского, никогда не признавался запрет на стимулирующие неустойки. Тогда получается, что единственная цель одевания условия о фиксированном размере компенсации на случай нарушения договора в одежды заранее оцененных убытков — обойти такой игрой в слова применение ст. 333 ГК РФ и других нежеланных одной из сторон элементов правового режима неустойки. Но отнюдь не очевидно, в силу каких резонов тот факт, что соответствующая указанная в договоре сумма была результатом прогноза возможных убытков, а не включена в договор в целях стимулирования, должен предопределять отсечение всего наработанного годами правового режима неустойки. Соответственно, с большой уверенностью можно предположить, что российский суд признает

условие о заранее оцененных убытках эвфемизмом неустойки и применит к нему ст. 333 ГК РФ и иные правила о неустойке. При таких обстоятельствах включение в договор условия о заранее оцененных убытках лишено смысла.

Итак, создание двух параллельных институтов с крайне мутным критерием дифференциации не является оправданным. Этот аргумент кажется настолько убедительным, что даже тот факт, что институт заранее оцененных убытков встречается в ряде континентально-европейских стран, признающих классическую неустойку, наравне с последней, вряд ли может данный вывод поколебать.

### ***1.11. Ограничение объема ответственности по закону или в силу договора***

В ряде случаев убытки подлежат возмещению в ограниченном объеме. Причем эти ограничения размера компенсации могут быть установлены как законом, так и договором, на что прямо указано в п. 1 комментируемой статьи.

#### ***(а) Ограничение объема возмещаемых убытков в силу положений закона***

В качестве примера законного ограничения размера убытков, возмещаемых в силу закона в связи с совершением другой стороной правомерного действия, можно указать ст. 717 ГК РФ, согласно которой в случае одностороннего отказа заказчика от договора подряда заказчик обязан возместить подрядчику убытки, причиненные прекращением договора подряда, *в пределах разницы* между ценой, определенной за всю работу, и частью цены, выплаченной за выполненную работу. Другой пример: согласно ст. 178 ГК РФ сторона, правомерно оспоровшая сделку в связи со своим заблуждением, обязана при определенных условиях возместить другой стороне только реальный ущерб.

Возможность ограничения ответственности за нарушение обязательства законом установлена в п. 1 ст. 400 ГК РФ. Например, в целом ряде случаев законодательные нормы устанавливают, что в связи с нарушением обязательств подлежит взысканию только реальный ущерб (например, п. 1 ст. 547, ст. 692 ГК РФ и др.).

Политико-правовые цели таких ограничений могут быть различными. Когда законодатель устанавливает ограничение объема убытков в ситуации их возмещения не в связи с правонарушением, это представляется вполне приемлемым. Несколько иная ситуация имеет место тогда, когда речь идет об ограничении ответственности на случай правонарушения. Устанавливая ограничение ответственности в такой ситуации, законодатель оставляет часть убытков пострадавшего лица

невозмещенной. Это принуждает пострадавшего мириться с негативными экономическими последствиями правонарушения и легитимирует не вполне нормальную ситуацию, когда нарушитель права получает карт-бланш навязывать некомпенсируемые имущественные потери своим ближним, что вынуждает пострадавшего обращаться на рынок страхования для покрытия таких потерь. Это противоречит базовым принципам частного права и по общему правилу неприемлемо. Такое решение стимулирует совершение правонарушений в ситуациях, когда оно является экономически неэффективным, и потери пострадавшего выше выгод нарушителя: получается, что нарушение приводит к снижению общего экономического благосостояния. Поэтому по общему правилу законодатель должен воздерживаться от подобных ограничений ответственности. Исключением являются случаи, когда в пользу такого ограничения имеются очень серьезные политико-правовые аргументы, которые по своей значимости перевешивают явную несправедливость, которая образуется в результате ограничения ответственности.

Например, имеются определенные аргументы в пользу ограничения объема взыскиваемых убытков в ситуациях, когда нарушен безвозмездный договор. Представляется, что в такой ситуации ответственность нарушителя стоит ограничивать возмещением понесенных расходов и исключать возмещение упущенной выгоды. Некоторые признаки реализации этой идеи в ГК РФ имеются (например, см. ст. 692 ГК РФ). Альтернативное и, пожалуй, более точное решение — допускать возмещение только негативного договорного интереса.

Кроме того, иногда законодатель, устанавливая ограничения объема ответственности за правонарушение, может пытаться обеспечить некоторые преференции для определенной отрасли экономики, обеспечить компаниям, работающим в этой отрасли, некоторые гарантии финансовой устойчивости за счет ограничения взыскиваемых с них убытков и минимизации рисков. Снижение таких рисков игроков данного рынка происходит за счет перенесения их на контрагентов. Например, именно так, видимо, объясняется положение ст. 547 ГК, которое блокирует взыскание с энергоснабжающей организации упущенной выгоды на случай нарушения ею своих договорных обязательств. Законодатель считает, что риски возмещения упущенной выгоды тысячам потребителей в случае перерыва в подаче энергии могут быть труднопрогнозируемыми, а перспективы возмещения будут неизбежно учитываться в ценах, влияя на их повышение; соответственно, он предлагает относить такие риски на потребителей, стимулируя последних страховать соответствующий риск. В этом

плане стоит обратить внимание на то, что указанная норма не уточняет пределы применения данного ограничения — при буквальном ее прочтении получается, что упущенную выгоду взыскать нельзя и в ситуации умышленного нарушения договора (например, целенаправленного неправомерного отключения энергии потребителю в связи с наличием мнимой задолженности, которая на самом деле отсутствовала, или в целях повлиять на позицию потребителя на переговорах по заключению нового договора). Как представляется, с учетом этого данная норма должна быть подвергнута телеологической редукции: ее применение должно быть ограничено случаями неумышленного нарушения договора.

*(б) Ограничение объема ответственности соглашением сторон*

Статья 15 ГК РФ допускает ограничение объема ответственности и по соглашению сторон. Это касается ответственности за нарушение обязательства, ответственности за недостоверные заверения, деликтной ответственности, а также случаев, когда возмещение убытков в силу закона осуществляется в связи с правомерным поведением.

Но здесь требуются некоторые прояснения. После того как наступили основания для взыскания убытков (например, состоялось нарушение договорного обязательства, выявлена недостоверность заверений или произошел деликт), стороны, конечно же, могут договориться о списании части долга в отношении убытков (это будет прощение долга). Но могут ли стороны договориться об уменьшении размера возмещения до возникновения оснований для возмещения?

Если речь идет о норме закона, которая устанавливает обязанность возмещения убытков в связи с совершением правомерных действий, ответ о допустимости предварительного согласования ограничений такой ответственности зависит от императивного или диспозитивного характера соответствующей нормы. Например, норма ст. 717 ГК РФ, закрепляющая обязанность заказчика возместить подрядчику убытки в случае реализации заказчиком своего права на произвольный отказ от договора, содержит диспозитивную оговорку, из чего вполне однозначно следует, что как минимум уменьшить размер компенсации, установив некий предел (например, оговорив возмещение лишь фактически понесенных расходов), стороны могут. То же касается и указания в ст. 782 ГК РФ на возмещение исполнителем убытков заказчика при реализации исполнителем своего права на произвольный отказ от договора возмездного оказания услуг: здесь диспозитивной оговорки нет, но с точки зрения критериев телеологического толкования подобных норм, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума

ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, не вызывает никаких сомнений, что сама норма носит диспозитивный характер как минимум в части объема возмещения, и, соответственно, стороны могут уменьшить размер возмещаемых убытков. Но в целом здесь требуется анализ каждой подобной нормы, устанавливающей возмещение убытков при правомерном поведении, и общие выводы вряд ли возможны.

*(в) Предварительное согласование ограничения объема договорной ответственности*

В контексте ответственности за нарушение обязательства и недостоверные заверения ответ на вопрос о возможности предварительного согласования ограничения объема возмещаемых убытков по объему однозначно положительный. Пункт 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 эту возможность прямо признает, и это вполне логично. Подтверждает данную возможность в контексте договорной ответственности и п. 2 ст. 400 ГК РФ – с той лишь оговоркой, что такие условия незаконны в потребительских договорах, если эти условия ограничивают ответственность коммерсанта перед потребителем.

Это, без сомнений, касается и ответственности за предоставление недостоверных договорных ограничений.

Договорные ограничения размера возмещаемых в связи с нарушением договора или предоставлением недостоверных заверений убытков могут быть сформулированы и на практике нередко формулируются в виде:

– предельной суммы возмещения (скажем, не более 20% от общей цены контракта);

– установления так называемого условия *de minimis*, т.е. минимальной суммы убытков, взысканием которых кредитор вправе беспокоить нарушителя (речь идет о своеобразной франшизе: любые требования об убытках подлежат удовлетворению, только если они больше некой минимальной величины; мелкие же суммы убытков относятся на пострадавшего);

– согласования оговорки об исключении взыскания тех или иных видов убытков (например, упущенной выгоды); или

– исключительной неустойки, при которой права кредитора ограничены лишь взысканием такой неустойки без права требовать возмещения убытков (ст. 394 ГК РФ).

В то же время здесь следует учитывать ряд нюансов.

Во-первых, такие ограничения ничтожны, если включены в потребительский договор и ограничивают ответственность коммерсанта перед потребителем (п. 2 ст. 400 ГК РФ). Сама эта норма, выраженная не вполне удачно с редакционной точки зрения, может толковаться



и так, что подобные условия ничтожны и в сугубо коммерческих договорах присоединения, но подобное толкование не предопределено и, очевидно, будет избыточно грубым. См. подробнее комментарий к п. 2 ст. 400 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

Во-вторых, такое соглашение ничтожно, если оно противоречит существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В-третьих, такие соглашения об ограничении возможной будущей ответственности за нарушение обязательства не имеют силы в случае умышленного нарушения обязательства (п. 4 ст. 401 ГК РФ). При этом, если установлен факт нарушения, его умышленный характер подразумевается, если нарушитель не доказал отсутствие умысла (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). С учетом затруднительности проведения различий между умыслом и грубой неосторожностью в контексте договорных споров есть весо-мые основания исходить из того, что подобные договорные условия об ограничении объема ответственности не сработают и при грубой неосторожности. Соответственно, такое условие будет иметь силу только тогда, когда установлено, что нарушение произошло в силу случая и отсутствует вина, либо доказано, что в поведении должника имеется простая неосторожность. На это косвенно указывает и п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. См. подробнее комментарий к п. 4 ст. 401 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>2</sup>.

В-четвертых, даже если имели место случай или простая неосторожность, условие об ограничении ответственности может быть предметом судебного контроля на предмет справедливости по правилам ст. 428 ГК РФ или ст. 10 ГК РФ (особенно если такое условие вопиюще несправедливо и навязано слабой стороне договора). Например, если крупная торговая сеть, занимающая доминирующее положение на местном рынке, навязала мелкому поставщику овощей условие о том, что ее ответственность на случай нарушения договора ограничена исключительной неустойкой или крайне низким предельным размером возмещаемых убытков, у судов могут возникнуть вопросы к такому условию.

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 696–698 (автор комментария к ст. 400 – В.В. Байбак).

<sup>2</sup> Там же. С. 711–712 (автор комментария к ст. 401 – В.В. Байбак).

(г) *Предварительное согласование ограничения деликтной ответственности*

Что касается возможности согласования ограничения деликтной ответственности до того, как состоялся сам деликт, то такого рода проявление договорной свободы столь же однозначно в судебной практике не признано, но представляется возможным. Специальных норм на сей счет нет, но имеется общее указание в п. 1 комментируемой статьи о возможности согласования меньшего размера ответственности за нарушение права.

Кроме того, в силу абзаца второго п. 3 ст. 1064 ГК РФ «[в] возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя вреда не нарушают нравственные принципы общества». Когда закон позволяет сторонам заранее согласовать, что деликтная ответственность вовсе не наступает, если будет совершен деликт в будущем, то из этого тем более (*a fortiori*) следует, что закон не возражает и против частичного ограничения деликтной ответственности. Главное, чтобы подобное соглашение не нарушало «нравственные принципы общества».

Наконец, допускает предварительное согласование ограничения деликтной ответственности (с рядом оговорок) и ст. VI.–5:401 Модельных правил европейского частного права, а также право ряда (хотя и не всех) европейских стран.

В то же время здесь должны признаваться исключения.

Во-первых, закон в ряде случаев устанавливает специальные ограничения на подобные соглашения об ограничении размера деликтной ответственности. Так, в силу ст. 1084 ГК РФ «[в]ред, причиненный жизни или здоровью гражданина при исполнении договорных обязательств, а также при исполнении обязанностей военной службы, службы в полиции и других соответствующих обязанностей возмещается по правилам, предусмотренным настоящей главой, если законом или договором не предусмотрен более высокий размер ответственности». От противного, видимо, следует, что уменьшение такой ответственности по договору не допускается. Более того, в силу п. 3 ст. 1085 ГК РФ в любых ситуациях объем и размер возмещения вреда, причитающегося потерпевшему в связи с причинением вреда его здоровью, могут быть лишь увеличены законом или договором, что опять же от противного указывает на недопустимость согласования *ex ante* ограничения ответственности. Для случаев причинения вреда жизни и здоровью блокирует возможность предварительного согласования ограничения деликтной ответственности п. 2 ст. VI.–5:401 Модельных правил европейского частного права. Впрочем, следует сказать, что целесообразно

ность запрета на предварительное согласование ограничения объема ответственности в связи с вредом здоровью, если он причинен без умысла и грубой неосторожности, может вызывать сомнения.

Во-вторых, не вызывает сомнений то, что в контексте п. 4 ст. 1, п. 4 ст. 401 (применяемого по аналогии) и п. 2 ст. 1064 ГК РФ такие соглашения не могут распространяться на случаи совершения умышленного деликта, независимо от того, был ли направлен деликт на причинение вреда личности, имуществу или причинение чисто финансовых потерь, а также, возможно, и при грубой неосторожности. Эта оговорка сделана и в ст. VI.—5:401 Модельных правил европейского частного права: деликтная ответственность при умысле, а также в ситуации, когда вред причинен в результате «полного пренебрежения такими мерами предосторожности, которые явно требовались при соответствующих обстоятельствах» (по сути, речь идет о грубой неосторожности), не может быть исключена или ограничена.

В-третьих, не вызывает также сомнений, что деликтная ответственность коммерсанта за вред, причиненный личности или иному имуществу потребителя в результате ненадлежащего выполнения коммерсантом своих обязательств, не может быть исключена или ограничена. Это исключение прямо признается и в Модельных правилах европейского частного права (п. 3 ст. VI.—5:401).

В остальных случаях предварительно заключенное соглашение об ограничении объема ответственности на случай совершения деликта в будущем, как представляется, вполне возможно. Так, например, закон не устанавливает подобных ограничений для случаев причинения вреда имуществу потерпевшего не в связи с нарушением потребительского договора при простой неосторожности. Поэтому, например, собственники соседних земельных участков могут договориться о том, что в случае причинения вреда посевам одного из них скотом другого будет возмещаться только реальный ущерб.

В то же время содержание таких *ex ante* законных условий договора может быть предметом судебного контроля *ex post* на предмет справедливости и добросовестности с учетом конкретных обстоятельств (ст. 10 ГК РФ).

### **1.12. Номинальные убытки**

Российское право не знает института номинальных убытков — символической суммы, которую пострадавший в результате нарушения права может взыскать с нарушителя, если факт нарушения доказан, но наличие убытков не подтверждено, и они, скорее всего, вовсе отсутствуют. Взыскание номинальных убытков осуществляется для того, чтобы суд провозгласил, признал факт нарушения права, что может

иметь то или иное правовое, но нередко и чисто психологическое значение для пострадавшего.

В российском праве ту же функцию выполняет иск о признании факта нарушения права. Такие иски нередко предъявляются и рассматриваются судами. В ряде случаев они прямо предусмотрены в законе. Например, согласно ст. 150 ГК РФ гражданин вправе требовать признания судом факта нарушения его личного неимущественного права. Согласно п. 1 ст. 1252 ГК РФ обладатель исключительного права, которое было нарушено, вправе требовать публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя. Но даже там, где закон такую возможность прямо не допускает, данный способ защиты должен допускаться. Пострадавший от нарушения права имеет легитимный интерес внести определенность в отношения сторон и опубликовать факт нарушения его права и личность нарушителя через вынесение и публикацию судебного решения, в котором данный факт признается. Угроза вынесения такого решения может оказывать превентивное давление на потенциальных нарушителей, не желающих портить себе репутацию, и в той или иной степени удерживать их от нарушения чужого права. Использования фикции в виде взыскания номинальных убытков тут не требуется.

### ***1.13. Учет вины пострадавшего и митигация убытков***

Если само нарушение права произошло частично или полностью по вине (в силу умысла или неосторожности) самого пострадавшего, суд может ограничить размер ответственности в пропорциональной части, а в некоторых случаях и вовсе отказать в возмещении убытков. Применительно к ответственности за нарушение обязательства это предусмотрено в п. 1 ст. 404 ГК РФ. Здесь указано, что «[е]сли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника». Из этого логично следует, что если нарушение произошло исключительно по вине кредитора, убытки вовсе не взыскиваются.

Если за сам факт нарушения права отвечает лишь нарушитель, суд тем не менее также вправе ограничить размер возмещаемых убытков в той степени, в которой пострадавший сам «умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков» или «не принял разумных мер к их уменьшению». Эти правила о так называемой митигации убытков предусмотрены в ст. 404 ГК РФ касательно ответственности за нарушение обязательства.

Применительно к деликтной ответственности п. 2 ст. 1083 ГК РФ говорит о праве суда снизить размер возмещаемых убытков, если по-

терпевший своей грубой неосторожностью содействовал возникновению и увеличению ущерба. В одной норме закон соединяет регулирование вопросов смешанной вины и митигации.

Упоминание грубой неосторожности потерпевшего контрастирует с текстом ст. 404 ГК РФ, который говорит о любой, в том числе простой, неосторожности. Это может подталкивать к выводу о том, что правила о смешанной вине и митигации в деликтном праве менее жесткие, чем в праве договорном. Получается, что если пострадавший пострадал в силу как неосторожности делинквента, так и своей собственной неосторожности, не носящей грубый характер, то суд размер ответственности не уменьшает (в отличие от ситуации нарушения обязательства). Насколько эта дифференциация правил о смешанной вине в рамках договорной и деликтной ответственности уместна, вопрос спорный. Модельные правила европейского частного права также исключают учет несущественной степени вины пострадавшего (ст. VI.—5:102).

То же касается и митигации в деликтном праве. Пункт 2 ст. 1083 ГК РФ говорит об уменьшении ответственности в ситуации, когда пострадавший в силу грубой неосторожности *содействовал увеличению ущерба*. Если в этой фразе видеть положение о стандарте митигации, получается, что пострадавший в результате деликта не будет ограничен в праве взыскания всех своих убытков, несмотря на неосторожное нарушение им требований к митигации потерь (кроме случаев грубой неосторожности), в то время как пострадавший от нарушения договора кредитор сталкивается с ограничением судом размера ответственности при нарушении требований к митигации и в силу простой неосторожности. Справедливость такой дифференциации стандартов митигации также может вызывать некоторые споры.

См. подробнее о применении ст. 404 ГК РФ к договорной ответственности комментарий к данной статье в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

#### **1.14. Исковая давность по искам о взыскании убытков**

Возникает крайне важный вопрос о том, с какого момента начинает течь исковая давность по требованиям о возмещении убытков. Согласно п. 1 ст. 200 ГК РФ, если законом не установлено иное, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 715–719 (автор комментария к ст. 404 – В.В. Байбак).

надлежащим ответчиком по иску о защите этого права. Логика этой нормы в том, что некорректно начинать рассчитывать исковую давность с момента, когда истец не имел достаточной информации для инициирования судебной защиты своего права.

Но что, если кредитор уже знает о нарушении своего права и том, кто его право нарушил, но предъявить иск о взыскании убытков не может, так как сами убытки еще не сформировались? В контексте требования о возмещении убытков вполне возможна ситуация, когда убытки возникают позднее факта нарушения права.

Наиболее типична такая ситуация для случаев возникновения вреда здоровью. Сам этот вред может спровоцировать расходы на лечение или выпадение доходов намного позже даты нарушения права. Но здесь на помощь приходит ст. 208 ГК РФ, которая по требованиям о возмещении вреда здоровью и жизни ограничивает применение правил об исковой давности.

Тем не менее полностью данная проблема не теряет своей актуальности, так как речь может идти о причинении вреда имуществу или отложенном возникновении убытков в связи с нарушением договора. К таким требованиям давность применяется, и, если считать давность с момента, указанного в п. 1 ст. 200 ГК РФ, возникает не вполне нормальная ситуация, когда иск о взыскании убытков кредитор предъявить еще не может, поскольку сами убытки еще не возникли, а давность уже течет. Такое положение вещей ненормально и противоречит сути исковой давности.

Представим, что поставщик материалов нарушил сроки поставки материалов субподрядчику, выполняющему строительные работы. Это привело к срыву сроков выполнения работ субподрядчиком, а также к нарушению сроков выполнения работ генподрядчиком по договору с заказчиком. Заказчик далее предъявляет иск о взыскании своих убытков в связи с просрочкой к генподрядчику и по прошествии долгих судебных разбирательств добивается успеха. После этого генподрядчик предъявляет к субподрядчику иск о взыскании компенсированных им заказчику, а также иных убытков, и на рассмотрение этого иска также уходит более года. И только после того, как субподрядчик возместил генподрядчику его убытки, субподрядчик узнает о том, каковы его собственные убытки, которые он вправе взыскать с поставщика материалов. Но к этому моменту, вполне вероятно, срок давности по такому требованию истечет. Ситуация становится еще более драматической, если в силу закона установлен сокращенный срок давности (например, п. 1 ст. 725 ГК РФ в отношении требований, связанных с качеством работ, выполняемых по договору подряда, за исключением подряда строительного).

Другой пример: продавец недвижимости допускает просрочку, а покупатель, прождав более трех лет и потеряв надежду, заявляет отказ от договора, после чего предъявляет иск о взыскании убытков, вызванных вынужденным расторжением договора по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ (например, убытков в виде разницы между ценой расторгнутого договора и ценой заменяющей сделки, заключенной кредитором с третьим лицом после расторжения). До момента расторжения покупатель не только не страдает от такого вида убытков, но и не имеет оснований рассчитывать на их взыскание. С какого момента рассчитывается давность на взыскание таких убытков – с момента нарушения договора или с момента расторжения нарушенного договора?

Как представляется, все это говорит в пользу того, чтобы давность по требованиям о возмещении убытков не начинала течь ранее, чем потенциальный истец узнал или должен был узнать о том, какие убытки он может взыскать и каков хотя бы примерно их размер. При этом такое требование в любом случае задвигается по прошествии 10 лет объективной давности с момента, когда право было нарушено (п. 2 ст. 196 ГК РФ) (впрочем, данная объективная давность в силу п. 9 ст. 3 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ начнет применяться только с 1 сентября 2023 г.).

Согласно ст. III.–7:301 Модельных правил европейского частного права течение давности приостанавливается на период, в течение которого кредитор не знает и не может разумно предполагаться знающим либо о личности нарушителя, либо о фактах, на которых основано требование, включая, для требования о возмещении убытков, вид причиненного вреда. Это решение задействует институт приостановления исполнения, но, возможно, в контексте российского права было бы логичнее просто смещать момент начала расчета срока давности.

Отсутствие упоминания данного критерия в ст. 200 ГК РФ само по себе не является абсолютным препятствием, поскольку до 1 сентября 2013 г. отсутствие в той же норме указания на такой субъективный элемент, как знание о надлежащем ответчике, не препятствовало судам выводить его из телеологического толкования закона (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126). Если признать, что ст. 200 ГК РФ пытается реализовать идею о том, что давность не начинает течь, пока будущий истец не узнал обо всех ключевых обстоятельствах, которые позволили бы ему рассчитывать на удовлетворение иска, то вполне возможны расширительная интерпретация п. 1 ст. 200 ГК РФ или обоснование обсуждаемого решения со ссылкой на аналогию права (п. 2 ст. 6 ГК РФ).

В судебной практике ВС РФ в последние годы стали встречаться определения, в которых похожий подход к расчету давности по требованиям о взыскании убытков применяется (см. определения СКЭС ВС РФ от 19 ноября 2018 г. № 301-ЭС18-11487 и от 29 января 2018 г. № 310-ЭС17-13555). Но в данных делах речь шла о взыскании чистых экономических убытков, когда незаконные действия одного лица провоцируют финансовые потери другого не через нарушения его абсолютных или относительных прав. При этом, как известно, согласно правилам об исковой давности (п. 1 ст. 200 ГК РФ) она течет с момента, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и личности нарушителя. В контексте чистых экономических убытков никакого нарушения права в буквальном виде нет, и если пытаться найти аналог, то им, скорее, будет не дата, когда кредитор узнал о незаконных действиях ответчика как таковых, а дата, когда кредитор узнал о том, что эти действия как-то сказались на нем, причинив ему убытки. Так что наличие этих примеров не является однозначным подтверждением введения в российское право еще одного элемента формулы определения исходной точки расчета субъективной давности (помимо реального или вмененного узнавания о факте нарушения и личности нарушителя). Требуется какой-либо пример из сферы договорного или классического деликтного права. Пока окончательной ясности по данному вопросу нет.

При этом, естественно, если в качестве убытков заявляются расходы, понесенные после того, как право было нарушено, или выгода, упущенная после нарушения, но сами эти суммы истец мог бы относительно точно рассчитать и предъявить к взысканию ранее, до их возникновения, начало течения давности не должно откладываться до момента, когда расходы были фактически понесены, а выгода упущена. Статья 15 ГК РФ допускает возмещение будущих неизбежных расходов, а возмещение упущенной выгоды по своей природе предполагает некий перспективный гипотетический расчет. Поэтому, если, например, нарушение привело к тому, что кредитор в течение нескольких лет после нарушения недополучал те или иные доходы, начало расчета давности не смещается по каждому случаю неполучения соответствующего дохода до момента фиксации их выпадения по сравнению с ожиданиями в бухгалтерском учете кредитора. Если выпадающие доходы вполне были предвидимы истцом и могли быть им рассчитаны на будущее с достаточной степенью точности, давность должна начинать течь с момента, когда истец получил реальную возможность рассчитывать на признание подобного предварительного расчета соответствующим стандарту доказывания (в качестве примера



см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16 марта 2004 г. № 6065/03). Поэтому обсуждаемое здесь решение смешения момента начала давности до момента, когда истец узнал или должен был узнать о своих убытках, надо понимать с учетом этой оговорки.

**1.15. *Возможность взыскания новых убытков, возникших после вынесения судом решения о взыскании убытков***

Нередко возникает ситуация, когда одно и то же нарушение (или иное предусмотренное в законе обстоятельство, дающее право на возмещение) порождает убытки не сразу, а поэтапно. Одни убытки возникают сразу, другие – со временем. Если истец подал и выиграл иск о взыскании тех убытков, которые уже успели проявиться, но впоследствии сталкивается с дополнительными убытками, может ли он подать новый иск об их взыскании? Как представляется, если исковая давность по второму иску не пропущена, такое развитие событий вполне возможно.

Более того, нормы деликтного права прямо такую возможность допускают. Так, например, согласно п. 1 ст. 1090 ГК РФ «[п]отерпевший, частично утративший трудоспособность, вправе в любое время потребовать от лица, на которое возложена обязанность возмещения вреда, соответствующего увеличения размера его возмещения, если трудоспособность потерпевшего в дальнейшем уменьшилась в связи с причиненным повреждением здоровья по сравнению с той, которая оставалась у него к моменту присуждения ему возмещения вреда».

Но речь идет о таких ситуациях, когда при подаче первого иска истец не мог знать о дополнительных убытках, которые проявили себя позднее, или не мог рассчитывать на то, что такой иск о взыскании будущих убытков можно будет подтвердить документально с разумной степенью достоверности. Если же убытки истцу очевидны или хотя и носят характер будущих расходов или будущих выпадающих доходов, но могут быть доказаны и взысканы уже сейчас, поведение истца, который необоснованно дробит свои иски притязаниями и требует взыскания убытков отдельными, последовательно подаваемыми исками (например, пытается взыскать упущенную выгоду в виде выпадающих доходов на ту или иную перспективу, подавая иски о взыскании такой выгоды ежемесячно), вряд ли стоит поддерживать. По сути, оно может быть расценено как злоупотребление своим правом. В судебной практике можно обнаружить примеры такого же подхода (Постановление Президиума ВАС РФ от 16 марта 2004 г. № 6065/03).

**1.16. *Возможность уступки требования о взыскании убытков***

Требование о возмещении убытков носит обязательственную природу. Поэтому такое требование может быть предметом сингулярного

или универсального правопреемства. Оно может быть уступлено или перейти к другому лицу в порядке суброгации (например, при погашении поручителем обеспеченного поручительством требования кредитора о возмещении убытков или при выплате страховой компанией страхового возмещения на случай возникновения убытков по причине неправомерных действий третьих лиц). Кроме того, такое требование переходит к наследникам при смерти наследодателя или к правопреемнику при реорганизации юридического лица.

Эта позиция сейчас разделяется и судебной практикой (п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120, п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54).

Кредитор может уступить требование о взыскании убытков после возникновения оснований для их возмещения, т.е. после созревания своего требования. Возможна ли уступка такого притязания до возникновения оснований для их возмещения (например, до нарушения договора или деликта)? Теоретически это возможно, хотя и на практике почти не встречается. В данном случае сделка будет касаться уступки будущего требования, и последнее автоматически перейдет к цессионарию после его созревания в имущественной массе cedenta (п. 2 ст. 388.1 ГК РФ). Распорядительный эффект такой уступки, впрочем, может не сработать при попадании кредитора после заключения соглашения об уступке, но до возникновения оснований для возмещения под конкурсные процедуры банкротства, так как речь уже пойдет о распоряжении конкурсной массой.

В случае с договорными убытками кредитор может уступить требование о возмещении своих убытков, не уступая свое основное договорное притязание.

При этом важно понимать, что при уступке требования о возмещении убытков цессионарий приобретает право на взыскание с правонарушителя (иного лица, обязанного в силу закона к возмещению убытков) суммы, равной убыткам *первоначального кредитора по такому требованию*. Поэтому цессионарий должен позаботиться о том, как он будет в суде доказывать убытки, возникшие у первоначального кредитора. Если к моменту взыскания изначального кредитора уже не будет, а соответствующие доказательства не были получены от него при уступке, у цессионария могут возникнуть проблемы с доказыванием.

Кроме того, в силу ст. 386 ГК РФ должник не лишен возможности выдвигать против требования цессионария о взыскании убытков, которые изначально возникли в имущественной массе cedenta, все те возражения, которые должник мог выдвинуть против самого cedenta

(например, об отсутствии вины, о смешанной вине или митигации (см. п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54)).

Если кредитор по договорному притязанию уступает основное требование, то в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ к новому кредитору по умолчанию переходит и право требования возмещения убытков. И в данном случае, если к моменту перехода основного требования нарушения еще не было и последнее произошло позднее, нарушено будет право уже нового кредитора, и с нарушителя будут взыскиваться убытки нового кредитора.

Более сложная ситуация может быть тогда, когда уступается основное требование, по которому ранее уже началась просрочка и возникли убытки у прежнего кредитора. Получается, что до момента смены кредитора по основному требованию убытки возникали в имущественной массе первого кредитора, а после смены – второго. Встает вопрос: переходят ли по умолчанию к последнему созревшие до момента перехода основного требования убытки первого? Видимо, ответ должен быть положительным в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ. Но сторонам рекомендуется проговаривать это в соглашении об уступке во избежание неопределенности.

В принципе, все вышесказанное *mutatis mutandis* касается и ситуаций перехода основного требования в силу суброгации или в рамках универсального правопреемства.

Остается только отметить, что в силу ст. 383 ГК РФ «переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований... о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, не допускается». В ст. 1112 ГК РФ в развитие правила ст. 383 ГК РФ установлен запрет на переход строго личных требований (включая требования по возмещению вреда жизни и здоровью) в порядке наследования. Согласно п. 2 ст. 418 ГК РФ обязательство прекращается смертью кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора.

Сама теоретическая возможность ограничения оборотоспособности тех или иных обязательственных прав не вызывает возражений. Но, как и для любого такого ограничения оборота, в пользу него должны быть выдвинуты очень серьезные политико-правовые аргументы. Обоснованность жесткого запрета на переход права кредитора на возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, вызывает ряд вопросов. Например, трудно объяснить, почему родственники не могут получить в порядке наследования требования к лицу, причинившему вред здоровью наследодателя, о возмещении понесенных расходов (вероятнее

всего, из семейных средств) на его лечение. Запрет на правопреемство приводит к нелогичному выводу о том, что делинквент выигрывает от того, что его жертва умирает в результате причинения вреда здоровью. Также спорный характер носит идея о том, что пострадавший в результате деликта не может уступить третьему лицу свое требование о возмещении понесенных расходов на лечение.

При этом следует отметить, что законодательство уже сейчас знает важное исключение из указанного правила. Согласно ст. 1183 ГК РФ допускается наследование требований о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, в виде начисленных, но не выплаченных к моменту смерти наследодателя средств на его существование. Это подтверждается и в п. 68 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9.

В абзаце первом п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 закреплён несколько более широкий подход: здесь допущено наследственное правопреемство по требованиям «о взыскании фактически начисленных потерпевшему в счёт возмещения вреда, но не выплаченных ему при жизни сумм». О том, что речь идет лишь о периодических выплатах, направленных на обеспечение средств к существованию, здесь не сказано, и можно помыслить такое толкование, которое распространит допущение правопреемства и в отношении присужденных судом до смерти наследодателя в его пользу иных убытков, вызванных причинением вреда здоровью (например, возмещения расходов на лечение). При таком толковании ст. 383 и 1183 ГК РФ о запрете правопреемства будут касаться только тех случаев, когда к моменту смерти соответствующие суммы убытков не были «начислены» по ранее вынесенным судебным решениям. Получается, что необоротоспособными остаются только требования о возмещении убытков в виде расходов на лечение и иных убытков, которые не были к моменту смерти присуждены судом. Требования же о возмещении вреда здоровью наследодателя, подтвержденные судебным решением, вопреки ст. 383 и 1112 ГК РФ переходят по наследству. Как мы видим, в российской судебной практике в целом наметился подход, согласно которому требование по обязательству, неразрывно связанному с личностью кредитора, в случае подкрепления долга судебным актом о взыскании к моменту перехода оказывается в той или иной степени оборотоспособным.

Пока неочевидно, готова ли судебная практика идти дальше и допустить в отношении права на как минимум созревший и подтвержденный судебным актом долг по обязательствам, возникшим вследствие причинения вреда жизни или здоровью, не только универсальное

правопреемство при смерти кредитора, но и уступку на основании сделки, а также переход в порядке суброгации. Допустимость уступки заслуживает поддержки, поскольку нередко наличие у кредитора по таким обязательствам исполнительного листа отнюдь не гарантирует ему получение от должника исполнения, а поиск имущества должника и, возможно, сопровождение процедур банкротства должника могут быть не по силам кредитору. В подобного рода ситуациях возможность уступки такого требования третьему лицу с тем или иным дисконтом может быть для кредитора единственным выходом.

Более того, как представляется, следует идти и еще дальше и исходить из того, что запрет на переход требований по возмещению вреда здоровью в порядке наследственного правопреемства, суброгации или уступки, закрепленный в ст. 383 и 1183 ГК РФ, должен касаться исключительно тех периодических выплат в связи с утратой трудоспособности, которые причитаются за период после уступки (т.е. будущих начислений). Что же касается периодических выплат в связи с утратой трудоспособности за период до уступки, а также возмещения расходов на лечение, то такие требования в принципе должны переходить в порядке уступки, суброгации или наследственного правопреемства, даже если они не были ранее подтверждены судебным актом.

Если практика пойдет по этому пути, исчезнет проблема, которая сейчас имеется в сфере страхования. Если лицо было вынуждено обратиться за медицинской помощью, а расходы на лечение взяла на себя страховая компания, судебная практика считает, что суброгация не происходит, так как ст. 383 ГК РФ блокирует переход требований о возмещении вреда здоровью, а ст. 965 ГК РФ упоминает суброгацию только по имущественному страхованию (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. № 10426/00). В итоге получается, что либо делинквент остается безнаказанным, либо пострадавший, получив страховку, пойдет в суд и получит возмещение вреда от делинквента, добившись таким образом двойного возмещения. Оба варианта кажутся не вполне удачными. Куда логичнее было бы допущение суброгации, но для этого требуется переосмысление в вышеуказанном русле того запрета на оборот требований о возмещении вреда здоровью, который содержится сейчас в ст. 383 ГК РФ.

### ***1.17. Начисление процентов на убытки***

Обязательство по погашению договорных или деликтных убытков является полноценным гражданско-правовым обязательством, имеющим своим предметом уплату денег. Раз такое обязательство является денежным по своей природе, на сумму договорных и деликтных убытков должны начисляться проценты по ст. 395 ГК РФ.

Применительно к возмещению внедоговорного вреда это однозначно признано в практике высших судов и уже много лет не вызывает сомнений (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; ранее тот же вывод был закреплен в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14).

В отношении договорных убытков практика колебалась. Сначала ВАС РФ признавал это невозможным (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 мая 2007 г. № 420/07), но затем по одному из дел закрепил обратный подход (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 904/10).

На этот счет следует отметить, что, конечно, нет никаких убедительных причин позволять лицу, причинившему другому лицу не внедоговорный вред, а убытки в связи с нарушением договора (предоставлением недостоверных заверений или по иным основаниям), безнаказанно пользоваться причитающимися кредитору денежными средствами. Никакой существенной разницы между договорными и внедоговорными убытками в этом контексте нет. Проценты должны начисляться на любые возмещаемые убытки.

С какого момента кредитору причитаются убытки? Согласно судебной практике, в которой сама возможность начисления процентов на убытки признавалась, проценты годовые исчислялись с момента вступления в силу судебного решения о взыскании убытков (или вступления в силу определения суда о выдаче исполнительного листа по решению, ранее вынесенному третейским судом); получается, что проценты годовые выступают в качестве меры ответственности за задержку в исполнении такого обязательства, подтвержденного судебным решением (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 2010 г. № 904/10, Определение СКЭС ВС РФ от 12 октября 2017 г. № 309-ЭС17-7211). При этом согласно п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 при заключении потерпевшим и причинителем вреда соглашения о возмещении причиненных убытков проценты, установленные ст. 395 ГК РФ, начисляются с первого дня просрочки исполнения условий этого соглашения, если иное не предусмотрено таким соглашением.

По логике высших судов истец, требуя возмещения убытков, может сопроводить свой иск дополнительным требованием о начислении процентов по ст. 395 ГК РФ с момента вступления в силу решения суда (или с момента наступления просрочки в выплате согласованного сторонами размера убытков) и до фактического исполнения решения суда в отношении основного требования (о возможности присуждения

процентов «на будущее», до фактического исполнения решения суда о взыскании долга, см. п. 48 Постановления Пленума ВС от 24 марта 2016 г. № 7).

Если ответчиком по иску о возмещении убытков являются Российская Федерация или субъект Российской Федерации, то с учетом особенностей исполнения судебных решений о взыскании денег за счет казны, предусмотренных в бюджетном законодательстве, расчет процентов на присужденную судом сумму убытков, согласно позиции ВС РФ, начинается при условии предъявления взыскателем исполнительного листа в соответствующий финансовый орган и по прошествии трехмесячного срока (вопрос № 3 из Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.; Определение СКЭС ВС РФ от 6 августа 2015 г. № 308-ЭС15-3667).

В принципе, определение в качестве момента начала расчета процентов годовых момента присуждения судом суммы убытков может быть поставлено под сомнение.

В зарубежном праве иногда встречается иное решение: проценты годовые на сумму убытков начисляются с момента правонарушения, повлекшего возникновение таких убытков (ст. 7.4.10 Принципов УНИДРУА). Данный подход вполне возможен, но имеет очевидный недостаток: может получиться так, что проценты начинают начисляться еще до того, как убытки возникли, ведь нередко убытки возникают позже самого нарушения.

Альтернативное решение — начислять проценты с момента возникновения убытков — несколько точнее, но и оно не свободно от недостатков: должник платит проценты годовые, т.е. несет ответственность за просрочку в оплате суммы убытков за период, когда он, возможно, и не знает о факте возникновения у кредитора (пострадавшего) каких-либо убытков и (или) их сумме.

В связи с этим также возможно и иное, более тонкое решение — начисление процентов годовых с момента, когда должник по обязательству возместить убытки получает от кредитора претензию о покрытии возникших убытков и доказательства их размера, которые разумное и добросовестное лицо на месте должника посчитало бы достаточно убедительными. В этой ситуации уклонение такого лица от возмещения убытков не имеет оправдания, ведь оно уже осознает, что его просрочка в удовлетворении требования кредитора и использование причитающихся кредитору средств необоснованны. С момента, когда должник должен узнать, что неправомерно пользуется суммой, которая причитается кредитору, он, соответственно, и должен платить проценты по ст. 395 ГК РФ. Такое решение стимулировало бы должников

добровольно погашать обоснованные требования кредиторов, а не тянуть расплату до предела, выжидая решения суда.

Это решение имеет очевидные преимущества перед тем вариантом, который пока доминирует в судебной практике. В рамках отраженного в практике ВАС РФ и ВС РФ подхода получается, что лицо причиняет убытки, имущественная масса кредитора страдает (например, он несет существенные расходы для устранения последствий нарушения), нарушитель уклоняется от досудебного погашения вполне обоснованных требований и тянет до момента, пока не вступит в силу решение суда, все это время пользуясь деньгами, которые по закону причитаются кредитору. Это абсолютно несправедливо и экономически неоправданно.

### ***1.18. Зачет убытков***

Так как обязательство по возмещению убытков является денежным, оно может быть зачтено к встречному денежному обязательству той или иной правовой природы. Современная российская судебная практика не устанавливает требование определенности размера зачитываемого долга в качестве условий допустимости зачета. Поэтому такой зачет возможен даже тогда, когда размер обязательств по возмещению убытков не подтвержден ни судебным актом, ни соглашением сторон.

Если должник по обязательству возместить убытки не согласен с тем, какую сумму убытков представила к зачету другая сторона, такой должник может обратиться в суд и потребовать довысчисления с заявителя зачета соответствующего излишка. Например, если покупатель, получивший товар, обнаружил дефект, поручил его устранить третьему лицу, а затем уменьшил свой отсроченный платеж цены договора на сумму понесенных убытков, заявив в отношении соответствующей части своего долга зачет, это вполне законно. Но если поставщик считает, что у него не было обязательства по возмещению убытков (например, не было дефекта в товаре или он освобождается от ответственности по тем или иным основаниям), либо что размер его обязательства меньше, чем та сумма, которую учел покупатель при заявлении зачета (например, часть затрат не обоснована и не подтверждена, покупатель нарушил требования по митигации убытков по ст. 404 ГК РФ, имеется смешанная вина, требующая снижения размера убытков), он вправе заявить к покупателю иск о довысчислении всей или части зачтенной части цены. Если он убедит суд в своей правоте, заявленный покупателем зачет в части соответствующего «излишка» будет ретроспективно лишен юридической силы (ст. 180 ГК РФ), в этой части долг покупателя окажется непогашенным. В итоге покупатель окажется ретроспективно в просрочке по оплате соответствующей части цены,



суд взыщет с него эту часть, а также может взыскать и проценты годовые или пени за просрочку платежа, необоснованно не внесенного в связи с «избыточным» зачетом.

Более того, договор может предусматривать механизм автоматического засчитывания сумм возникающих и подлежащих погашению убытков к телу долга другой стороны. Например, в договоре аренды может быть предусмотрено, что арендная плата автоматически (без необходимости какого-то волеизъявления) снижается на суммы убытков, которые возникают у арендатора в связи с выявлением тех или иных дефектов в арендованном имуществе.

В то же время здесь следует иметь в виду, что в силу ст. 411 ГК РФ не допускается зачет требования о возмещении вреда жизни и здоровью.

Необходимо учесть, что российское банкротное право блокирует зачет после введения наблюдения в рамках дела о банкротстве против одной из сторон (п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве), за исключением деривативов и ряда иных финансовых сделок, по которым в силу ст. 4.1 того же Закона при определенных условиях допускается ликвидационный неттинг. Эта очень острая проблема российского права может быть решена (если не вносить поправок в закон) путем телеологической редукции данного запрета и его неприменения к тем ситуациям, когда взаимные денежные обязательства вытекали из одного правоотношения и возможность такого зачета входила в рамки программы договорных отношений. Если встречный денежный долг приобретен у третьих лиц или возник случайно и никак не связан с договором, из которого возник другой долг, допустимость зачета может обсуждаться, хотя и здесь вызывает у многих юристов серьезные сомнения. Но абсолютно очевидно, что денежный долг, возникающий из того же договора, что и встречный долг, может быть зачен, несмотря на впадение одной из сторон в банкротство. В такой ситуации этот конкретный кредитор получает некоторое преимущество над другими, но нет никаких причин не признавать за возможностью зачета в такой ситуации обеспечительный характер. Пример с зачетом долга по взысканию убытков в связи с нарушением договора другой стороной здесь особенно показателен. Если после сдачи работ заказчик обнаружил дефект, а уплата части цены была отсрочена в рамках механизма гарантийного удержания, запрет зачета расходов на устранение выявленных дефектов в ситуации, когда подрядчик после сдачи работ впал в банкротство, абсолютно несправедлив. Ведь это означало бы, что заказчик должен внести в конкурсную массу платеж (если срок его уплаты наступил), а сам устанавливать в реестре требований кредиторов подрядчика свое

требование о взыскании убытков в качестве необеспеченного кредитора, что в российских банкротных реалиях почти гарантирует, что он не получит больше 2–3% от своего притязания. Есть признаки того, что судебная практика ВС РФ начинает воспринимать такой подход и ограничивать применение запрета на зачет к подобного рода ситуациям. В определениях СКЭС ВС РФ от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977 и от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075 Суд допустил зачет пострадавшим от нарушения договора кредитором требования о возмещении убытков к сумме встречного долга данного кредитора перед нарушителем, объяснив это тем, что механизм уменьшения кредитором подлежащей уплате нарушителю договора цены на величину причитающихся тому же кредиторам убытков был прямо оговорен в договоре. ВС РФ считает, что такое, по выражению Суда, «сальдирование» не подпадает под запрет зачета в банкротстве.

Как представляется, нет никакой необходимости использовать эвфемизм «сальдирование» для обозначения зачета, возможность которого прямо согласована в договоре. От того, что стороны прямо допускают право одной из сторон уменьшить подлежащую уплате им цену на величину причитающихся ей убытков, правовая природа этого механизма как зачета не должна меняться, ведь тот же механизм был бы доступен кредитору и при отсутствии прямого указания в договоре на основании общих правил ГК РФ о зачете. Нет нужды бежать из зачета для того, чтобы обосновать неприменимость запрета на зачет в банкротстве для взаимосвязанных денежных требований из одного договора, так как это приводит к созданию на равном месте клона обычного зачета с непонятным правовым режимом. Такой клонированный институт неизбежно будет порождать те же вопросы, которые решаются в рамках института зачета (например, ретроспективность или перспективность, порядок выражения воли на прекращение взаимных обязательств и т.п.), и их придется решать путем аналогии закона. Куда логичнее просто телеологически редуцировать запрет на зачет в банкротстве и не применять его к тем ситуациям, в которых взаимные денежные долги вытекают из единого правового основания.

Иначе получается несколько нелогичная ситуация, когда такое сальдирование допускается в банкротстве, если право уменьшить цену на величину убытков прямо оговорено в договоре и не допускается при отсутствии соответствующего условия договора. Но ведь само наличие такого условия избыточно и просто постулирует то секундарное право, которое и без того доступно кредитору. Было бы нелепо проводить столь фундаментальное правовое различие на основании столь случай-

ного критерия, как упоминание в договоре права, которое у кредитора есть в наличии в силу закона.

Если в договоре предусмотрено не секундарное право уменьшить цену на величину убытков, а автоматическое засчитывание цены к убыткам, речь действительно идет не совсем о классическом зачете. Тут вполне мыслимо говорить о самостоятельном «зачетообразном» способе прекращения взаимных обязательств на основании соглашения сторон, поставленном под отлагательное условие созревания встречных обязательств (ст. 157, п. 3 ст. 407 ГК РФ). И срабатывание такого механизма также не должно блокироваться возбуждением дела о банкротстве против одной из сторон соглашения. Эта позиция соответствует указанной выше практике ВС РФ. Но опять же нет никакой логики в том, что допустимость засчитывания будет зависеть от того, происходит ли оно автоматически или ретроспективно по заявлению одной из сторон.

Впрочем, пока нет актов ВС РФ, которые подтвердили бы неприменение запрета на зачет в банкротстве к ситуациям, когда в договоре прямо не оговорено автоматическое засчитывание убытков к встречному долгу и при этом не упомянуто право кредитора уменьшить размер долга на величину причитающихся ему убытков, но взаимные требования вытекают из единого правового основания. Однако логика развития судебной практики ВС РФ позволяет рассчитывать на то, что такой шаг вполне возможен. Судя по наметившейся тенденции, Суд может осуществить этот шаг, объявив не подпадающим под запрет зачета в банкротстве и являющимся тем самым «волшебным» сальдированием и такую ситуацию, когда убытки и встречный долг вытекают из одного договора и возможность их взаимного погашения подразумевалась сторонами при вступлении в договор.

Но есть и еще одна важная проблема. Российское банкротное право субординирует требование о возмещении упущенной выгоды (п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве): такое требование учитывается отдельно в реестре требований кредиторов и подлежит удовлетворению после погашения основной суммы задолженности и причитающихся процентов. В силу п. 4 ст. 134 Закона о банкротстве эта субординация не касается только требований о возмещении вреда жизни и здоровью.

Субординация означает, что кредитор по такому требованию почти гарантированно не получит ни копейки. Соответственно, даже если мы допускаем зачет в банкротстве в отношении взаимосвязанных денежных требований, вытекающих из единого правового основания,

возникает вопрос о возможности зачета требования, которое субординировано.

Можно представить себе такое решение, при котором если мы допускаем зачет, то не учитывается и критерий субординации, а следовательно, к основному встречному долгу зачесть можно требование об убытках, представляющих собой упущенную выгоду. Впрочем, против такого решения можно выдвинуть аргументы системного плана. Так, в контексте ликвидационного неттинга, в отношении которого п. 3 ст. 4.1 Закона о банкротстве прямо допускает зачет, в силу прямого указания закона не допускается принятие к зачету упущенной выгоды. Как мы видим, закон, допуская зачет для отдельных случаев, не забывает о субординации упущенной выгоды.

В то же время сама идея субординации упущенной выгоды в банкротстве крайне сомнительна, особенно если учитывать сложности в разграничении упущенной выгоды и реального ущерба (см. п. 2.3 комментария к настоящей статье). В этом плане крайне важная позиция закреплена в Определении СКЭС ВС РФ от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075: здесь ВС РФ указал на то, что при так называемом сальдировании (зачете встречного долга к убыткам или неустойке в рамках одного и того же договора) в банкротстве погашаться может и неустойка. При этом, как известно, согласно Закону о банкротстве неустойка субординируется наравне с упущенной выгодой; если ВС РФ допускает учет при сальдировании начисленной неустойки, то из этого с неизбежностью следует вывод о том, что то самое сальдирование может погашать и упущенную выгоду.

Впрочем, назвать складывающуюся ситуацию логичной и системно согласованной трудно.

### ***1.19. Дистрибутивная справедливость и убытки***

Гражданское право – это сфера господства политики корректирующей (коммутативной) справедливости. Оно пытается найти баланс в экономических отношениях, восстанавливая поправленный *status quo* при деликтах за счет присуждения денежной компенсации, направленной на исправление несправедливости, возникшей в результате посягательства. Также оно способствует реализации добровольных сделок, опосредующих эквивалентный обмен экономическими благами, в том числе путем защиты позитивного договорного интереса в форме присуждения денежной компенсации, вручающей кредитору денежный эквивалент обещанного и компенсирующей иные невыгоды, возникшие в результате нарушения. Гражданское право не пытается, как правило, дать пострадавшему больше, чем нужно, дабы защитить соответствующий поправленный интерес пострадавшего. В этом прояв-

ляется идея компенсационной природы гражданской ответственности. Компенсационность — это общее правило, некий классический стандарт гражданской ответственности.

Иногда в порядке исключения право допускает сверхкомпенсацию для обеспечения эффективной превенции будущих нарушений или вспоминает об иной идее справедливости, а именно недопустимости получения выигрыша в результате нарушения права, и допускает взыскание с нарушителя его неправомερных доходов, которые могут превышать убытки пострадавшего (см. п. 2.12 комментария к настоящей статье). В первом случае от компенсационности мы отходим во имя превенции и эффективности, во втором — во имя иного проявления принципа справедливости (недопущения извлечения выгоды из своего неправомερного поведения) и той же самой превенции.

Но иногда право допускает отклонение от классического принципа строгой компенсационности и в сторону уменьшения взыскиваемых убытков по сравнению с убытками, реально возникшими. Очевидная причина — некая упречность в поведении самого пострадавшего (например, совместная вина или нарушение им требований митигации убытков). В ряде ситуаций такое ограничение вводится в закон в силу тех или иных политико-правовых соображений.

Но возможно ли установление отступлений от принципа компенсационности в силу соображений дистрибутивной справедливости? Последняя позволяет учесть экономическое неравенство сторон правоотношения. Денежные ресурсы и иные материальные блага распределены в обществе неравным образом. Одни богаты, как Крез, другие еле сводят концы с концами; при этом данное неравенство далеко не всегда отражает заслуги людей перед обществом в целом и соотношение личных качеств и достоинств индивидов, а часто есть результат банального случая. Это неизбежное следствие капиталистического уклада экономических отношений, признающего экономическую и личную свободу.

Неравенство доступа к ресурсам открывает дорогу к другому феномену. Деньги, как и большинство иных ресурсов, подчиняются закону убывающей предельной полезности. Чем больше у лица денег, тем менее ценен для него каждый поступающий в состав его имущества или теряемый новый рубль в отдельности, и наоборот. Состоятельный человек не испытает никаких эмоций, если потеряет 30 тыс. руб., а для учителя в школе этот убыток может подорвать весь семейный бюджет.

Справедливо ли вообще игнорировать данный феномен и присуждать сколь угодно большие суммы убытков, объективно причиненные пострадавшему, независимо от реального материального

состояния ответчика? По этому вопросу трудно найти простой математически выверенный ответ. Вопросы политики права не носят объективно-научного характера, а отражают наши представления о должном, о справедливости и иных конечных целях права и во многом детерминируются идеологическими предустановками и философскими воззрениями (нередко принимаемыми людьми без должной рефлексии, как элемент доминирующей культуры). В контексте социальной ориентации современного капитализма, поиска баланса между свободой, индивидуализмом и экономической эффективностью, с одной стороны, и соображениями социальной справедливости, солидарности и милосердия – с другой, вполне ожидаемо, что и в вопросе учета соображений дистрибутивной справедливости при привлечении к гражданской ответственности будут обнаружены какие-то компромиссы. И в российском законодательстве они обнаруживаются.

Суть компромисса в следующем. Сам по себе факт богатства пострадавшего на размер компенсации убытков не влияет. Тот факт, что для миллиардера царапина на его спортивном автомобиле каким-либо значимым ущербом не является, сам по себе не позволит делинквенту уйти от возмещения всех убытков. Равным образом сам по себе факт того, что ответчик очень богат, не дает истцу право требовать возмещения в большем размере, чем сумма фактически причиненных ему убытков<sup>1</sup>.

В то же время бедность ответчика может быть учтена как основание для снижения размера убытков. Это обстоятельство прямо указано в п. 3 ст. 1083 ГК РФ в контексте деликтной ответственности: «Суд может уменьшить размер возмещения вреда, причиненного гражданином, с учетом его имущественного положения, за исключением случаев, когда вред причинен действиями, совершенными умышленно».

---

<sup>1</sup> Фактор богатства ответчика может учитываться как аргумент в пользу повышения уровня компенсации там, где сама ответственность носит не компенсационный, а карательный характер и направлена прежде всего на превенцию правонарушений. В области политики превенции правонарушений нельзя игнорировать закон убывающей предельной полезности денег. Чем выше благосостояние нарушителя, тем больший размер ответственности нужен, чтобы склонить его к правомерному поведению и воздержанию от поведения неправомерного. Так, например, этот фактор может и должен учитываться при назначении судебной неустойки (астрента) за неисполнение судебного акта (ст. 6 ГК РФ). Но здесь мы уже выходим за рамки темы возмещения убытков, ибо в тех редких случаях, когда наше право допускает гражданские сверхкомпенсационные взыскания, оно обоснованно старается не употреблять термин «убытки». Причинительно к собственно интересующей нас теме взыскания убытков этот аргумент прямого отношения не имеет.

Обратим внимание, что речь идет об ответчике-гражданине, а также что такая льгота предоставляется за исключением случая умышленного причинения вреда.

Иначе говоря, если материальное положение невиновно (там, где деликтная ответственность не зависит от вины) или по неосторожности причинившего вред ответчика плачевное, по мысли законодателя, в ряде случаев суд может проявить милосердие. Оно будет проявлено не за счет казны и всего общества, но за счет пострадавшего истца, который не сможет возместить часть своих убытков. Получается, что здесь судам предлагается принудительно проводить в жизнь идеалы социальной солидарности.

Можно было бы в порядке контраргумента заявить, что в конце концов в российском праве существует институт личного банкротства, который позволит должнику в ряде случаев избавиться от долга путем объявления себя банкротом. Но согласно п. 4–6 ст. 213.28 Закона о банкротстве такое освобождение не касается целого ряда долгов. Да, в большинстве случаев эти исключения касаются убытков, причиненных умышленно или в силу грубой неосторожности, но в данном перечне исключений есть и такие, которые не увязаны с умыслом и грубой неосторожностью (например, в контексте субсидиарной ответственности гражданина в банкротстве).

В общем, с учетом наличия в российском праве института личного банкротства актуальность учета бедности ответчика при взыскании с него убытков падает. Но все же, возможно, ее стоит применять в тех ситуациях, когда суду очевидно, что в силу тех или иных причин механизм освобождения от долга путем личного банкротства заблокирован, а при этом размер возмещения настолько непропорционален экономическим возможностям ответчика, что присуждение полного возмещения будет категорически неприемлемым.

Видимо, здесь также следует принимать во внимание и иные, дополнительные по отношению к бедности ответчика обстоятельства. Если ответственность вполне сопоставима с благосостоянием ответчика, нижеуказанные факторы какого-то самостоятельного значения не имеют, но там, где в силу обсуждаемой нормы суд задумывается над наличием оснований для снижения ответственности, ему следует принять в расчет ряд дополнительных факторов, которые могут усиливать или ослаблять ощущение справедливости и оправданности такого снижения. Например, подлежит учету степень вины (при грубой неосторожности, которую часто трудно отличить от умысла, меньше оснований для снижения, а в случае, когда закон предписывает безвиновную ответственность, или при простой неосторожности – больше),

особые отношения между истцом и ответчиком (например, вред причинен ребенком родителю), статус ответчика (например, ответственность родителей за вину ребенка, инвалидность ответчика и т.п.), вид причиненного вреда (например, для снижения убытков, причиненных личности, оснований меньше, чем в случае взыскания убытков в связи с вредом, причиненным имуществу). Также стоит отметить, что, возможно, обсуждаемую норму стоит применять и с учетом материального благосостояния истца: если он столь же беден, как и ответчик, и для него ущерб не менее значим, чем сумма компенсации, которую он требует от правонарушителя, это сильный аргумент против ограничения ответственности. Иначе говоря, здесь следует учесть все обстоятельства дела, а само снижение должно допускаться во имя справедливости в исключительных случаях.

Может возникнуть вопрос: не будет ли избыточным милосердием освобождать ответчика от долга по возмещению убытков, возникших у истца в связи с причинением ответчиком вреда жизни и здоровью истца или потерей кормильца? Может показаться, что, даже если деликт причинен невиновно или по неосторожности, баланс интересов требует поставить на первое место интерес пострадавшего или его иждивенцев. Но такой тезис спорен. В силу п. 5 ст. 213.28 Закона о банкротстве требования о возмещении вреда здоровью и жизни не списываются при банкротстве должника. В то же время этот вред мог быть причинен по неосторожности или вовсе без вины (например, вред, причиненный в результате ДТП источником повышенной опасности, возмещается в силу ст. 1079 ГК РФ даже при отсутствии вины). Ситуацию с вредом, причиненным источником повышенной опасности, законодатель учитывает и прямо в п. 1 ст. 1079 ГК РФ допускает снижение объема ответственности с учетом имущественного положения делинквента. Но и в остальных случаях могут быть исключительные ситуации, когда справедливо уменьшить компенсацию. Например, достаточно представить себе, какова может быть упущенная выгода в виде выпадающих доходов в результате утраты трудоспособности у топ-менеджера крупной корпорации: эта сумма может быть такова, что делинквент-гражданин (например, по неосторожности повредивший здоровье такого лица) ставится в безвыходное положение на всю оставшуюся жизнь. Его материального достатка и заработка до смерти может не хватить на покрытие доходов пострадавшего, выпадающих всего лишь за один месяц. Поэтому абсолютным барьером для применения механизма снижения ответственности такой вид ущерба являться не должен, но, безусловно, наличие вреда здоровью или жизни яв-



ляется аргументом в пользу того, чтобы применять этот механизм более осторожно и ограниченно.

Модельные правила европейского частного права также не исключают возможность суда снизить размер компенсации убытков за деликт (ст. VI.—6:202) по соображениям разумности и справедливости при отсутствии умысла. Но в целом по данному вопросу правопорядки европейских стран расходятся, а вопрос вызывает споры.

Мыслимо ли применение такого же инструмента ограничения ответственности для случаев причинения вреда юридическим лицом? Закон этого не позволяет. И вряд ли для этого имеются политико-правовые резоны с учетом того, что при банкротстве такого ответчика его непогашенные долги списываются.

Что же касается вопроса о возможности расширения сферы применения обсуждаемой нормы о снижении ответственности по соображениям дистрибутивной справедливости до случаев возмещения убытков по иным, не связанным с деликтом основаниям (например, в контексте договорной ответственности), то здесь ответ может показаться не столь очевидным. Если гражданин, не являясь коммерсантом, нарушил свои обязательства, что причинило кредитору колоссальную упущенную выгоду, абсолютно несопоставимую с материальным достатком нарушителя, могут возникнуть аргументы в пользу того, чтобы применять здесь тот же подход, что и в деликте. Если право позволяет по соображениям дистрибутивной справедливости снижать уровень взыскиваемых убытков при причинении вреда личности или имуществу, было бы странно, если оно отказывается делать то же самое в контексте ответственности за убытки, возникшие в связи с неумышленным нарушением договора. Так что здесь напрашивается аналогия закона (ст. 6 ГК РФ). Но стоит учитывать то же условие для применения такой льготы, о которой писалось выше: суду вряд ли стоит проявлять милосердие к ответчику за счет истца, если для ответчика не заблокирована возможность списать непосильный долг путем объявления себя банкротом.

## **2. Виды возмещаемых убытков**

В составе убытков традиционно со времен римского права выделяются такие компоненты, как реальный ущерб (*damnum emergens*) и упущенная выгода (*lucrum cessans*). Первый отражает уменьшение имущественной массы потерпевшего, которое вызвано правонарушением (или иным указанным в законе основанием для возмещения убытков). Вторая представляет собой не состоявшееся в связи с правонарушением (или иным указанным в законе основанием для возмещения) увеличение имущественной массы истца.

В силу ст. 15 ГК РФ по общему правилу, если иное не оговорено в законе или договоре, в составе убытков могут быть взысканы как реальный ущерб, так и упущенная выгода.

### **2.1. Реальный ущерб**

Реальный ущерб определяется в комментируемой статье так: а) «расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права», и б) «утрата или повреждение его имущества». Таким несколько нелепым способом закон пытается описать уменьшение имущественной массы лица, управомоченного на взыскание убытков.

#### **(а) Понесенные расходы**

Данное в комментируемом пункте определение реального ущерба в части указания на понесенные расходы, очевидно, неудачно. Закон почему-то говорит лишь о расходах на восстановление права.

В то же время в рамках реального ущерба должны возмещаться любые расходы, которые истец понес в связи с возникновением оснований для возмещения (нарушением обязательства, деликтом и т.п.) и которые он не понес бы, если бы нарушения не было.

Во-первых, это те самые упомянутые в п. 2 ст. 15 ГК РФ расходы на восстановление нарушенного права, под которыми понимаются расходы на исправление последствий состоявшегося нарушения (например, расходы на ремонт поврежденного имущества или дефектного имущества, переданного по договору; расходы на лечение и т.п.).

Во-вторых, это расходы, связанные с просрочкой исполнения должником своих обязательств. Например, если из-за непоставки товара в порт к оговоренному сроку покупатель был вынужден оплачивать простой судна в ожидании поставки, эти расходы подлежат возмещению в составе реального ущерба, несмотря на то что покупатель их нес в строгом смысле не для восстановления нарушенного права. То же и в случае, когда генподрядчик взыскивает с субподрядчика в качестве убытков те неустойки или убытки, которые он был вынужден заплатить заказчику за срыв срока сдачи работ, спровоцированный просрочкой в выполнении своего объема работ данным субподрядчиком: такие мораторные убытки должны взыскиваться в составе реального ущерба при наличии причинно-следственной связи.

В-третьих, это расходы на приобретение временной замены того предоставления, которое кредитор получил от должника, но не мог использовать из-за дефекта. Например, это могут быть расходы на аренду транспортного средства или квартиры в период, когда аналогичное

имущество кредитора не могло эксплуатироваться в связи с дефектами или повреждениями (Определение СКГД ВС РФ от 4 декабря 2012 г. № 18-КГ12-70).

В-четвертых, это расходы на защиту своего нарушенного права в административном порядке (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 декабря 2013 г. № 9837/13).

В-пятых, это досудебные расходы на подготовку доказательственной базы по будущему спору, например расходы по обеспечению доказательств, оплату досудебных экспертиз и т.п. (Определение СКГД ВС РФ от 28 апреля 2015 г. № 18-КГ15-45).

В-шестых, это расходы, которые сторона договора понесла в связи с ведением переговоров, оформлением контракта, подготовкой своего исполнения и принятия исполнения от другой стороны, а также иные расходы, понесенные на основе веры в будущее заключение договора и его исполнение контрагентом и взыскиваемые в рамках модели защиты негативного договорного интереса (см. подробнее подп. «б» п. 1.7 комментария к настоящей статье).

В-седьмых, это расходы на уплату пострадавшим третьим лицам штрафных санкций и иных компенсаций в связи с тем, что нарушение его прав ответчиком спровоцировало самого кредитора невольно нарушить права третьих лиц.

В-восьмых, это расходы по уплате административных штрафов и удовлетворению налоговых требований, которые пострадавший мог не нести, если бы его права не были нарушены.

В-девятых, это расходы на принятие мер к минимизации негативных последствий правонарушения (так называемые расходы на митигацию).

В-десятых, это расходы по уплате банку процентов и штрафных санкций, которые заемщик понес фактически, но не понес бы, если бы страховщик вовремя исполнил свои обязательства по договору страхования и погасил долг заемщика путем выплаты банку суммы страхового возмещения (Обзор судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденный Президиумом ВС РФ 27 сентября 2017 г.; п. 4 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2018), утвержденный Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.; определения СКГД ВС РФ от 3 апреля 2018 г. № 5-КГ18-17 и от 29 ноября 2016 г. № 6-КГ16-14; Постановление Президиума ВАС РФ от 24 апреля 2012 г. № 16327/11).

В-одиннадцатых, это расходы в виде необходимости платить более высокую цену при расторжении нарушенного договора и заключении кредитором замещающей сделки (ст. 393.1 ГК РФ).

Список можно продолжать до бесконечности. Нельзя говорить о том, что все эти расходы, которые однозначно подлежат возмещению и которые суды повсеместно взыскивают в составе реального ущерба, понесены для «восстановления нарушенного права». Их взыскание осуществляется в целях восстановления нарушенного права, но сами они несутся не только в целях восстановления. Иначе говоря, реальный ущерб должен охватывать собой расходы, понесенные в связи с возникновением того юридического факта, который служит основанием для возмещения (например, нарушением обязательства или деликтом), и находящиеся в причинно-следственной связи с указанным юридическим фактом, а соответствующую норму ГК РФ иначе как недоразумением назвать нельзя.

В источниках зарубежного права и международных актах унификации частного права столь зауженное определение взыскиваемых в составе реального ущерба расходов, как правило, не встречается.

В контексте договорной ответственности ситуацию помогает исправить п. 2 ст. 393 ГК РФ, который формулирует позитивный договорный интерес как базовую модель расчета убытков, очевидно, покрывающую собой и любые расходы, осуществленные в связи с нарушением обязательства, но формально не направленные на восстановление нарушенного права. Но в контексте деликтного права на помощь никакая другая норма не приходит. Поэтому остается рассчитывать на то, что суды будут продолжать игнорировать эту одну из множества неудачных и противоречащих здравому смыслу норм нашей гражданской кодификации.

#### *(б) Будущие расходы*

Также следует отметить, что российский закон вслед за многими зарубежными правовыми порядками допускает взыскание в качестве реального ущерба не только уже понесенных расходов, но и тех расходов, которые кредитор *должен будет понести* для восстановления своего права.

О возможности взыскать заранее будущие неизбежные расходы говорят и международные источники унификации частного права (п. 2 ст. III.—3:701 Модельных правил европейского частного права).

Если, например, деликт состоял в причинении вреда вещи собственника, он может требовать в качестве возмещения реального ущерба авансирования ему делинквентом тех расходов, которые пострадавшему надо будет понести для ремонта вещи. Представляется соответствующий расчет расходов, и делинквент должен выплатить такую сумму, если расчет обоснован. Если возникает спор, при обоснованности расчета присуждает ответчика к выплате таких средств суд.

Другой пример: если деликт состоял в порче памятников археологического наследия, с делинквента могут быть взысканы авансом расходы на проведение мероприятий по сохранению памятника (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 ноября 2011 г. № 6773/11).

С учетом вышесказанного о неоправданной зауженности функциональной направленности расходов, которые подлежат взысканию (см. подп. «а» п. 2.1 комментария к настоящей статье), пострадавший вправе требовать авансирования и иных еще не понесенных расходов, которые это лицо не было бы обязано нести, если бы его право не было нарушено (или не возникло иное известное закону основание для возмещения), при условии что такие расходы это лицо «должно будет понести» (например, гражданско-правовые или административные штрафы, которые из-за нарушителя договора кредитор будет вынужден уплатить третьим лицам).

Но здесь возникает один фундаментальный вопрос о стандарте доказывания того обстоятельства, что эти будущие расходы истцу придется понести. Что, если такие расходы на самом деле в силу тех или иных причин понести не придется? Например, тратить средства на ремонт поврежденного имущества, возможно, не придется, так как пострадавший решит впоследствии продать это имущество с дисконтом, не производя предварительный ремонт, или вещь будет утилизирована либо погибнет по иным причинам, или государство запретит эксплуатацию такого рода вещей; либо тратить средства на полноценное традиционное лечение не понадобится, так как пострадавший каким-то необъяснимым образом поправит свое здоровье альтернативными средствами, или решит вовсе не лечиться и жить дальше с соответствующим повреждением, или его друзья соберут ему деньги на лечение; либо начисленные третьими лицами штрафы кредитору не придется платить, так как третьи лица их простят или вовсе не инициируют судебный процесс по их взысканию... Список можно продолжать.

Такая ситуация возникает, в частности, в тех случаях, когда покупатель (заказчик, арендатор), столкнувшийся с нарушением договора со стороны поставщика (подрядчика, исполнителя, арендодателя), правомерно расторгает договор и заключает замещающую сделку с другим контрагентом по более высокой цене. Это означает, что он вынуждается платить больше, чем он платил бы, если бы первый договор не был нарушен и кредитор не был бы вынужден в связи с этим его расторгать. Но кто может поручиться, что замещающая сделка будет исполняться на согласованных условиях? Возможно, она будет также расторгнута из-за нарушения уже самого истца, или контрагент

по этой замещающей сделке впадет в банкротство, или стороны этой замещающей сделки впоследствии изменят ее цену по тем или иным соображениям. В итоге это может привести к тому, что такие будущие дополнительные расходы в виде более высокой цены, которые истец требует от нарушителя по первой сделке возместить авансом здесь и сейчас, не возникнут.

Встает общий вопрос о стандарте доказывания наличия убытков (о стандарте доказывания см. п. 2.4 комментария к настоящей статье). Если степень убежденности суда в том, что такие расходы в будущем истцу нести придется, достигает уровня применимого стандарта доказывания, суд присуждает такие будущие расходы к уплате. Если нет, то в иске о взыскании будущих расходов суд отказывает. Как представляется, если несение будущих расходов подтверждается уже заключенным с третьим лицом договором, пусть еще и не оплаченным истцом, стандарт доказывания по общему правилу можно считать соблюденным, если ответчик не посеет серьезные сомнения в неизбежности таких расходов.

Если суд присудил авансирование будущих расходов, но они впоследствии понесены не были, встает вопрос о том, не должен ли истец вернуть эти средства как неосновательное обогащение. Представляется, на данный вопрос следует ответить отрицательно. Дальнейшее использование полученных средств никого волновать не должно. Истец вправе потратить их на иные цели (например, полученные «авансом» расходы на предстоящее лечение он может пожертвовать благотворительному фонду).

Но что, если истец потребовал авансирования необходимых расходов, однако очевидность того, что эти расходы не будут понесены, открылась уже к моменту рассмотрения спора? Например, собственник автомобиля, пострадавшего в результате деликта, потребовал возмещения ему суммы, равной расходам на восстановительный ремонт, но к моменту рассмотрения дела стало известно, что истец не стал восстанавливать автомобиль, а продал его в поврежденном виде третьему лицу? В такой ситуации предполагаемые расходы на восстановительный ремонт могут оказаться больше, чем разница между рыночной ценой автомобиля до аварии и той стоимостью, по которой собственник смог продать поврежденный автомобиль. Может ли истец продолжать настаивать на авансировании расходов на восстановительный ремонт, если очевидно, что такие расходы он уже никогда не понесет? ВС РФ в одном определении указал, что истец имеет на это право, и то, что в реальности он продал автомобиль, не вынуждает суд присуждать меньше, чем такая абстрактная сумма расходов на ремонт (Опреде-

ление СКГД ВС РФ от 5 июля 2016 г. № 88-КГ16-3). В другом деле ВС РФ присудил расходы на восстановительный ремонт, несмотря на то что истец с учетом выплаченного ему страхового возмещения и цены совершенной им продажи поврежденного автомобиля полностью получил ту сумму, которая составляла стоимость автомобиля до повреждения (Определение СКГД ВС РФ от 3 февраля 2015 г. № 18-КГ14-186). Такой подход вызывает определенные сомнения. ГК РФ говорит о присуждении расходов, которые истец *должен будет* понести. Если очевидно, что истец выбрал иной способ реакции на произошедшее нарушение, отказался от идеи восстанавливать поврежденное имущество и продал его в поврежденном состоянии, утилизировал его или расходы на ремонт не будут понесены по иным причинам, он вправе рассчитывать на возмещение убытков, но не в виде будущих расходов на восстановление, а в виде разницы в рыночной стоимости имущества до повреждения и стоимости поврежденного имущества, продемонстрированной в сделке по его продаже. Взыскивать будущие расходы авансом, когда очевидно, что они понесены не будут, несколько странно, так как это противоречит комментируемой норме ГК РФ.

В этом плане более корректным представляется подход, отраженный в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 июня 2000 г. № 8904/99. Здесь в деле, в котором истец пытался взыскать расходы на ремонт поврежденной ответчиком вещи, которую истец уже утилизировал, не осуществляя ремонт, Суд указал: «...заявляя требование о взыскании расходов, которые произведены или будут произведены для исправления поврежденной вещи, истец должен представить этому доказательства. В данном случае истец должен доказать, что предполагаемые расходы на ремонт имущества реальны, то есть имеется вещь, на восстановление которой им будут понесены расходы». Поэтому, по мнению Суда, «[п]одлежали проверке и доводы ответчика об утрате истцом спорного имущества. <...> При полной утрате имущества, которому причинен ущерб, требования о возмещении расходов на его восстановление нельзя рассматривать как имеющие под собой правовое основание».

По каким ценам определять размер будущих расходов? По общему правилу применимо положение п. 3 ст. 393 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства (применимое по аналогии к иным случаям взыскания убытков). Согласно данной норме, «[е]сли иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, при определении убытков принимаются во внимание цены, существовавшие в том месте, где обязательство должно было быть исполнено, в день добровольного удовлетворения должником требования креди-

тора, а если требование добровольно удовлетворено не было, — в день предъявления иска», но «[и]сходя из обстоятельств, суд может удовлетворить требование о возмещении убытков, принимая во внимание цены, существующие в день вынесения решения».

В то же время в отдельных случаях действуют иные правила. Например, согласно ст. 393.1 ГК РФ, если нарушение договора привело к расторжению договора и кредитор заключил замещающую сделку по менее выгодной для себя более высокой цене (следовательно, будет вынужден платить за то же больше, чем планировал, т.е. нести дополнительные издержки, которые он не нес бы, если бы не нарушение договора), для определения будущих расходов берется во внимание цена фактически заключенной замещающей сделки. Если же ответчик пытается доказать, что истец заключил замещающую сделку по неразумно высокой цене и тем самым нарушил требование по митигации убытков (ст. 404 ГК РФ), цена замещающей сделки будет сопоставляться с ценами на рынке, которые имелись на момент заключения заменяющей сделки, а не на момент рассмотрения спора в суде (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Также следует учитывать, что ст. 393.1 ГК РФ позволяет покупателю (заказчику, арендатору и т.п.), правомерно расторгнувшему договор в ответ на его нарушение контрагентом, вместо взыскания конкретной ценовой разницы между ценой расторгнутого договора и ценой замещающей сделки потребовать взыскания абстрактной ценовой разницы между ценой расторгнутого договора и текущей рыночной ценой на аналогичный товар (работы, услуги и т.п.). Такой расчет именуют абстрактными убытками. По сути, здесь будущие дополнительные расходы определяются абстрактно по упрощенной формуле, применимой тогда, когда замещающая сделка не заключена или затруднительно определить, какая из сделок истца носила замещающий по отношению к расторгнутому договору характер. При такой модели защиты позитивного интереса берется за основу рыночная цена на аналогичный объект договорного предоставления, имеющаяся на момент расторжения договора.

Иногда до появления в ГК РФ ст. 393.1 в 2015 г. суды в такой ситуации предпочитали сопоставлять цену расторгнутого договора и рыночную цену на аналогичный объект предоставления на момент присуждения судом убытков (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 июля 2000 г. № 56). Но с учетом действующей с 1 июня 2015 г. нормы п. 2 ст. 393.1 ГК РФ такой подход будет противоречить закону.



*(в) Утрата и повреждение имущества*

Комментируемая норма относит к реальному ущербу также утрату или повреждение имущества. Как представляется, эта фраза также не вполне корректна. Убытками являются не сама утрата имущества или его повреждение, а то умаление имущественной массы истца, которое произошло в связи с утратой или повреждением имущества. Например, при деликте само посягательство может состоять в уничтожении или повреждении имущества. Это объективная сторона правонарушения, ее не стоит смешивать с самими убытками, вытекающими из такого посягательства. Последние могут быть определены в размере расходов, которые пострадавшее лицо понесло или неизбежно понесет на ремонт (и в данном случае мы будем иметь такой подвид реального ущерба, как расходы, о котором речь шла выше), но реальный ущерб может быть посчитан и как стоимость уничтоженного имущества или разница между стоимостью имущества, которая имелась на момент деликта, и той стоимостью, которую данное имущество имеет после его повреждения.

Утрата или повреждение имущества истца могут быть следствием классического деликта (например, при ДТП), нарушения обязательства (например, при утрате хранителем объекта, сданного на хранение (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 11 февраля 2014 г. № 12762/13)).

Если имущество истца утрачено или повреждено в результате действий или бездействия некоего лица, реальный ущерб может взыскиваться не с этого лица, а с тех, кто за него отвечает (ст. 403 ГК РФ). Так, например, очень часто реальный ущерб в связи с утратой вещи собственник взыскивает за счет казны в связи с тем, что приставы-исполнители или иной госорган изъяли вещь у собственника, а затем передали на хранение некоему хранителю, который ее в результате утратил (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145; постановления Президиума ВАС РФ от 27 июля 2010 г. № 13466/08, от 16 апреля 2013 г. № 17450/12; Определение СКГД ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 88-КГ17-8; п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.).

Данный подвид реального ущерба возникает в тех случаях, когда повреждается или уничтожается имущество, принадлежащее истцу. Здесь деликт или нарушение обязательства должником (например, при утрате хранителем вещи, сданной на хранение) приводит к непосредственному уменьшению имущественной массы истца, и речь идет о реальном ущербе. Если же должник по обязательству передать

имущество в собственность кредитора передает дефектное имущество, речь идет о нарушении обязательства, но такое нарушение не приводит к «повреждению имущества» по смыслу комментируемой нормы. Если покупатель потратит средства на ремонт дефектного товара, он вправе взыскать эти средства в составе своего реального ущерба по модели защиты позитивного интереса. Если покупатель пожелает взыскать разницу между объективной ценностью полученного дефектного имущества и рыночной ценностью такого же имущества, если бы оно было передано без дефектов, то он будет взыскивать не реальный ущерб, а упущенную выгоду, так как речь здесь пойдет не об уменьшении имущественной массы пострадавшего в результате нарушения, а о блокировании возможности эту массу прирастить.

*(г) Злоупотребления при взыскании расходов*

Суд может снизить размер реального ущерба, если кредитор нарушил принципы митигации ущерба, предусмотренные законом, и своими неразумными действиями способствовал возрастанию расходов или не предпринял разумных мер к уменьшению размера таких расходов (см. подробнее п. 1.13 комментария к настоящей статье).

Но в ряде случаев злоупотребление кредитора может состоять в том, что он в принципе делает выбор в пользу несения расходов в целях восстановления нарушенного права вместо выбора иного способа защиты права. Например, если покупатель (заказчик, арендатор) решил вместо соразмерного снижения цены или взыскания упущенной выгоды в виде разницы в ценностях обещанного и реально предоставленного потребовать взыскания своих понесенных или предполагаемых будущих издержек на устранение дефекта, такой выбор может быть признан злоупотреблением правом, если издержки на устранение явно непропорциональны объективному интересу кредитора в реальном исполнении. Так, если подрядчик построил бассейн глубиной в 2 м 90 см и шириной в 4 м 90 см вместо предусмотренных заданием глубины в 3 м и ширины в 5 м, для исправления дефекта путем расширения и углубления уже сооруженного бассейна может понадобиться сумма, сопоставимая со строительством всего бассейна с нуля. Если при этом заказчик не может объяснить, почему такие небольшие отклонения глубины и ширины настолько принципиальны, его выбор в пользу тотальной переделки бассейна и взыскания всех понесенных на это расходов может быть признан неразумным, а взыскание всех таких расходов с подрядчика — несправедливым (равно как и его выбор потребовать от подрядчика исправления дефекта в натуре). В этом случае суд может отказать заказчику во взыскании убытков в целом

или в части либо на основании п. 1 ст. 10 ГК РФ, либо на основании правил митигации убытков (ст. 404 ГК РФ).

## **2.2. Упущенная выгода**

Если реальный ущерб — это уменьшение имущественной массы пострадавшего в результате наступления обстоятельства, дающего право на возмещение, то упущенная выгода — это стоимостное выражение утраченной возможности нарастить эту имущественную массу.

Норма п. 2 ст. 15 ГК РФ определяет упущенную выгоду как неполученные доходы, которые истец получил бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено. Естественно, эта формулировка требует уточнения в контексте ситуаций, когда взыскивается упущенная выгода, возникшая в результате правомерного поведения, а также когда речь идет о взыскании такой выгоды в составе чисто экономических убытков деликтным иском (где убытки взыскиваются в связи с незаконным поведением, формально не нарушающим чье-то абсолютное право).

Эта формулировка, как и многие другие фрагменты ст. 15 ГК РФ, требует уточнения.

Во-первых, в контексте договорной ответственности упущенная выгода может представлять собой не только доходы в виде неких поступлений от третьих лиц (заработка, прибыли) или плодов от использования собственного имущества, которые истец не получает в результате наступления обстоятельства, дающего право на возмещение, но и неполучение того приращения имущественной массы в результате исполнения должником своего обязательства, на которое он был вправе рассчитывать при заключении договора. Если продавец передал покупателю дефектный товар и покупатель решил его оставить, защита позитивного интереса покупателя может осуществляться в форме взыскания с продавца разницы между рыночной стоимостью реально переданного товара с дефектом на момент передачи и рыночной стоимостью, которую этот же товар — только без дефекта, имел бы на тот момент времени, когда данный товар должен был быть передан по договору. В такой ситуации упущенная выгода состоит в том, что покупатель получает от продавца менее ценное предоставление, чем покупатель имел право получить. О непростом соотношении этого способа расчета упущенной выгоды с механизмом соразмерного уменьшения цены см. подп. «е» п. 1.10 комментария к настоящей статье.

Во-вторых, упоминание обычных условий оборота означает, что законодатель, видимо, пытается подсказать судам необходимость учета разумной степени вероятности получения таких доходов. Когда речь идет о будущих доходах, всегда существует вероятность того, что они

не были бы получены или были бы получены в меньшем размере и при отсутствии правонарушения (или иного обстоятельства, дающего основание для возмещения), и поэтому расчет упущенной выгоды неминуемо носит гипотетический характер. Сам по себе этот факт не является основанием для отклонения требования о возмещении упущенной выгоды, если стандарт доказывания причинно-следственной связи и размера такой выгоды соблюден. Упоминание обычных условий оборота указывает на то, что здесь, с одной стороны, нельзя допускать взыскания выгоды, которая была бы получена при отсутствии нарушения лишь с очень малой вероятностью, а с другой — нельзя проявлять и избыточную требовательность к доказательствам. Необходим некий разумный, сбалансированный подход. См. подробнее о доказывании причинно-следственной связи и стандарте доказывания п. 2.4–2.6 комментария к настоящей статье.

*(а) Методы расчета упущенной выгоды: доходы минус экономия на расходах*

Существуют различные методы расчета упущенной выгоды; в одних ситуациях уместно использовать одни методы, в других — иные.

Так, типичным методом подсчета является метод «ожидаемый доход минус понесенные издержки». Его разумно использовать тогда, когда истец может убедительно доказать, какие поступления от третьих лиц или плоды он мог получить, если бы не произошло нарушение. Например, если в результате деликта или нарушения договора встал конвейер завода, и завод не смог в течение суток собирать автомобили, достаточно легко подсчитать с опорой на богатую статистику работы конвейера в прошлом и текущих на момент простоя продаж, какое количество автомобилей завод не собрал в результате простоя и, соответственно, сколько денежных средств он не получил от их реализации. Но под упущенной выгодой понимается чистый доход. Завод в течение этих суток не нес ряд переменных издержек, которые он нес бы, если бы конвейер работал (например, расходы на электричество, на материалы и т.п.). Такие сэкономленные издержки следует вычесть из объема не поступившей из-за простоя выручки, и полученная сумма будет представлять собой упущенную выгоду, подлежащую взысканию.

Вычет сэкономленных издержек предписывает делать и ВС РФ в п. 2 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7: «Упущенной выгодой являются не полученные кредитором доходы, которые он получил бы с учетом разумных расходов на их получение при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено» (курсив наш. — А.К., В.Б). Ранее в Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 (п. 11) суды приводили пример:

«В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительских расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров». Сейчас этот пассаж утратил силу и исключен из данного Постановления в свете принятия Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, но сама иллюстрация не утратила своей актуальности. Высшие суды обращают внимание на необходимость такого вычета регулярно (Постановление Президиума ВАС РФ от 4 ноября 1997 г. № 3924/97 и от 21 мая 2013 г. № 16674/12; п. 59 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.).

При этом вычитать следует только экономленные переменные издержки, зависящие от объема выпуска. Естественно, себестоимость собираемого товара включает в себя и часть постоянных издержек, которые завод в краткосрочной перспективе несет независимо от того, стоит конвейер или работает (например, зарплата штатных рабочих, если она не носит сдельный характер, а также административного персонала; расходы на аренду цеха; проценты по кредиту и т.п.). Но вычитать ту или иную долю таких издержек неправильно, поскольку их приходится нести в течение этого дня простоя. Полученная выручка от реализации покрывает такие постоянные издержки. Поэтому если мы урежем в этой части упущенную выгоду, мы не позволим заводу покрыть указанные постоянные издержки.

Другой пример: посредник не получил товар от производителя и не смог его перепродать с наценкой; если договор в итоге расторгнут, спекулятивная операция не состоится, и соответствующая маржа будет посредником утеряна. В такой ситуации упущенная выгода будет считаться как цена планируемой перепродажи за минусом цены несостоявшегося приобретения и иных издержек, которые посредник нес бы, если бы торговая операция состоялась (например, транспортные издержки, таможенные пошлины и т.п.).

Другая проблема состоит в следующем. Вычитание переменных издержек является следствием того, что взыскание убытков не должно приводить к улучшению положения пострадавшего, а должно лишь восстановить *status quo* (или защитить позитивный договорный интерес в рамках договорной ответственности), и посему образовавшиеся в результате нарушения выгоды должны зачитываться к выпадающей

выручке. Это одно из проявлений правила *compensatio lucri cum damno* (см. подробнее п. 1.8 комментария к настоящей статье).

Здесь, впрочем, возникает несколько проблем. Как быть, если бизнес пострадавшего лица носил убыточный характер. Например, из-за повреждения трамвай не вышел на маршрут, и трамвайное депо не смогло заработать ту или иную сумму от оказания транспортных услуг. Если сама эксплуатация данного трамвая была убыточной с точки зрения соотношения переменных издержек и выпадающей выручки, упущенная выгода оказывается отрицательной величиной и не подлежит взысканию. Та же ситуация имеет место и тогда, когда в примере с заводом конвейер работал в убыток, а в примере с торговым посредником он перепродавал товар себе в убыток по тем или иным соображениям (например, пытаясь отвоевать долю рынка у конкурентов). Получается, что нарушение помешало пострадавшему потерять деньги. С учетом этого напрашивается вывод о том, что в такого рода ситуациях взыскание убытков должно исключаться. Иначе возмещение убытков перенесет пострадавшего в положение, лучшее по сравнению с тем, которое бы имелось, не произойди нарушение его прав.

Если с помощью метода «доходы минус экономленные расходы» подсчитывается упущенная выгода в прошлом, следует брать в расчет те цены, по которым пострадавшее лицо заказывало те или иные услуги, платило зарплату и т.п. в тот период, когда возникла упущенная выгода. Но если речь идет о взыскании выгоды, которая будет упускаться в будущем, и нужно определить размер будущей экономии на издержках, следует брать в расчет цены, которые имеются на момент рассмотрения спора (п. 3 ст. 393 ГК РФ). Эта дата ближе к моменту, когда такие экономленные расходы были бы понесены, если бы не состоялось нарушение. Естественно, если в будущем цены на рынке изменились и уровень переменных издержек вырос или упал, корректировать судебное решение не требуется и стоит смириться с некоторой неточностью сделанного судом расчета упущенной выгоды. Например, если из-за возникшего по вине ответчика пожара завод будет простаивать два года в связи с закрытием на ремонт, и завод подает к делинквенту иск о взыскании упущенной выгоды до того, как этот период истек и появилась возможность подсчитать уже фактически утраченный чистый доход, заводу следует представить суду расчет переменных издержек, которые завод экономит из-за простоя конвейера, с учетом цен на материалы, энергию и т.п., которые имеются на момент рассмотрения спора. Впрочем, это, видимо, лишь опровержимая презумпция: если ответчик докажет, что в будущем такие расходы должны будут неминуемо вырасти (а соответственно, чистый выпадающий доход

уменьшится), или истец докажет, что в будущем они, вероятнее всего, упадут (и чистый выпадающий доход увеличится), суд может сделать соответствующие поправки.

Но в ряде случаев из существа нарушенного права и отношений сторон следует, что вычитать экономию на расходах не требуется. Это касается прежде всего тех ситуаций, когда нарушено личное немущественное право на неприкосновенность здоровья, а экономия состоит в том, что пострадавший в результате утраты трудоспособности не прилагал свой труд. Такая трудовая экономия не дисконтирует выпадающие доходы. Например, если пострадавший в результате деликта гражданин-предприниматель не мог некоторое время вести предпринимательскую деятельность (например, готовить и продавать торты), при расчете упущенной выгоды выпадающая в связи с временной нетрудоспособностью выручка должна дисконтироваться на величину понесенных переменных издержек (например, на покупку ингредиентов и т.п.). Но то обстоятельство, что он в течение периода ограниченной трудоспособности не трудился, а смотрел сериалы или читал романы, представляет собой своего рода побочный «выигрыш», который не имеет очевидного стоимостного содержания, поэтому учитывать этот «выигрыш» при определении упущенной выгоды неправильно и несправедливо.

*(б) Методы расчета упущенной выгоды: метод «до и после»*

Другой метод, который нередко условно обозначают как «до и после», работает следующим образом. Если в результате правонарушения изменился уровень доходов пострадавшего или они вовсе исчезли, пострадавший может предложить суду сравнение своих чистых доходов, образующихся как разница между чистыми доходами (выручкой за минусом переменных издержек) за некий период до нарушения и фактическим чистым доходом за сопоставимый период после нарушения. Если последняя величина ниже первой, можно предположить, что эта разница и есть упущенная выгода из-за нарушения или наступления иного обстоятельства, дающего в силу закона основание для возмещения. Если величина доходов после нарушения вовсе равна нулю (например, в случае простоя магазина, который собственник был вынужден закрыть на время устранения последствий залива соседом этажом выше), мы просто проецируем прежние чистые доходы на соответствующий отрезок времени простоя. Такой отрезок времени для сопоставления должен быть сопоставим по длительности, сезонности и т.п. Естественно, ответчик может представить доказательства того, что это падение чистых доходов обусловлено иными обстоятельствами (например, общим падением того рынка, на котором работает истец).

Применимость этого метода подтвердил и ВС РФ в п. 3 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7: «...Если заказчик предъявил иск к подрядчику о возмещении убытков, причиненных ненадлежащим исполнением договора подряда по ремонту здания магазина, ссылаясь на то, что в результате выполнения работ с недостатками он не смог осуществлять свою обычную деятельность по розничной продаже товаров, то расчет упущенной выгоды может производиться на основе данных о прибыли истца за аналогичный период времени до нарушения ответчиком обязательства и / или после того, как это нарушение было прекращено.

Должник не лишен права представить доказательства того, что упущенная выгода не была бы получена кредитором».

Следует обратить внимание на то, что ВС РФ говорит о сопоставлении размеров прибыли заказчика, а не величин доходов за вычетом переменных издержек. Разница в том, что прибыль определяется на основе вычитания из общей выручки всех расходов, как переменных, так и постоянных. Но в данном контексте это упрощение вполне логично (если предположить, что у заказчика весь бизнес сводится к этому магазину). Разумно предположить, что, если не доказано иное, удельный вес переменных и постоянных издержек в составе расходов постоянен, поэтому, если прибыль упала, соответствующая разница представляет собой чистый выпадающий доход без учета постоянных издержек. Естественно, каждая из сторон не лишена возможности обосновать те или иные поправки к такому грубому расчету.

Особенности подобного расчета упущенной выгоды при взыскании выпадающих доходов гражданина в связи с причинением вреда здоровью установлены в ст. 1086 ГК РФ. Согласно п. 1 и 2 этой статьи «[р]азмер подлежащего возмещению утраченного потерпевшим заработка (дохода) определяется в процентах к его среднему месячному заработку (доходу) до увечья или иного повреждения здоровья либо до утраты им трудоспособности, соответствующих степени утраты потерпевшим профессиональной трудоспособности, а при отсутствии профессиональной трудоспособности — степени утраты общей трудоспособности»; при этом «[в] состав утраченного заработка (дохода) потерпевшего включаются все виды оплаты его труда по трудовым и гражданско-правовым договорам как по месту основной работы, так и по совместительству, облагаемые подоходным налогом. Не учитываются выплаты единовременного характера, в частности, компенсация за неиспользованный отпуск и выходное пособие при увольнении. За период временной нетрудоспособности или отпуска по беременности и родам учитывается выплаченное пособие. Доходы



от предпринимательской деятельности, а также авторский гонорар включаются в состав утраченного заработка, при этом доходы от предпринимательской деятельности включаются на основании данных налоговой инспекции». Также здесь уточняется, что «[в]се виды заработка (дохода) учитываются в суммах, начисленных до удержания налогов».

Тот же метод подробно урегулирован в ст. 1089 ГК РФ при определении формулы расчета возмещения вреда, понесенного в случае смерти кормильца. Так, согласно п. 1 данной статьи «[л]ицам, имеющим право на возмещение вреда в связи со смертью кормильца, вред возмещается в размере той доли заработка (дохода) умершего, определенного по правилам статьи 1086 настоящего Кодекса, которую они получали или имели право получать на свое содержание при его жизни».

Впрочем, следует признать, что данный метод не срабатывает, если у кредитора не было соответствующей истории экономической деятельности (своего «до»). Например, он не работает в тех случаях, когда деликт причиняет вред здоровью и снижает трудоспособность лица, которое ранее не работало (например, подростка).

*(в) Методы расчета упущенной выгоды: метод сравнимых показателей*

Другой метод подсчета упущенной выгоды состоит в том, чтобы спроцировать ту выгоду, которую получают другие лица, занимающиеся аналогичной деятельностью, в той же местности и в тот же период в сопоставимых обстоятельствах.

Например, если собственник лишь открывает бакалейную лавку и не имеет достаточную историю доходов, но был вынужден отложить дату планируемого открытия из-за нарушения своих обязательств подрядчиком, который должен был обеспечить лавку необходимым оборудованием, но впал в просрочку, истец может попытаться представить статистику доходов других аналогичных магазинов в данной местности в начальный период их торговой деятельности. Естественно, здесь приходится делать множество допущений, но это характерно для гипотетического и примерного расчета, коим расчет упущенной выгоды практически всегда является. Известная доля гипотетичности и приблизительность отнюдь сами по себе не дискредитируют расчет упущенной выгоды, как верно указал ВС РФ в п. 14 Постановления Пленума от 23 июня 2015 г. № 25. При этом, естественно, как истец, так и ответчик могут предлагать учесть ряд специфических обстоятельств, которые могут свидетельствовать в пользу того, что в реальности выгода истца могла бы быть больше или, наоборот, меньше. Проекция показателей других участников рынка задает лишь опровержимую презумпцию.

В контексте возмещения упущенного дохода при причинении вреда здоровью этот метод сравнимых показателей законодателем учтен в п. 4 ст. 1086 ГК РФ для случаев, когда у пострадавшего не было своей собственной истории заработка. Здесь сказано, что «[в] случае, когда потерпевший на момент причинения вреда не работал, учитывается по его желанию... обычный размер вознаграждения работника его квалификации в данной местности, но не менее установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации».

*(г) Замещающая сделка и абстрактные убытки*

Если речь идет о нарушении договора и его правомерном расторжении в ответ на такое нарушение, кредитор в силу ст. 393.1 ГК РФ наделяется правом взыскать с нарушителя убытки взамен реального исполнения либо по формуле конкретной ценовой разницы, либо по формуле абстрактной ценовой разницы (абстрактные убытки). Если двусторонний возмездный договор расторгает в ответ на нарушение тот, кто должен был платить (арендатор, покупатель, заказчик), и этот кредитор заключает замещающую сделку, он вправе взыскать конкретную ценовую разницу между ценой расторгнутого договора и ценой замещающей сделки, если последней выше, и эта разница является реальным ущербом. А если он в такой же ситуации рассчитывает абстрактную ценовую разницу между ценой расторгнутого договора и более высокой текущей рыночной ценой на аналогичный товар (работы, услуги и т.п.), речь идет об абстрактном, упрощенном расчете будущего или уже состоявшегося реального ущерба. Но если в описанных обстоятельствах пострадавшей от нарушения и расторгающей договор в ответ стороной является тот, кто по договору должен был осуществлять неденежное предоставление, и он взыскивает конкретную ценовую разницу в связи с заключением замещающей сделки по более низкой цене или абстрактную ценовую разницу в связи с падением цен на рынке, речь уже идет о взыскании конкретно или абстрактно рассчитанной упущенной выгоды.

Так, например, если покупатель не внес предоплату, продавец правомерно в ответ расторг договор и продал тот же товар другому покупателю по более низкой цене, налицо упущенная выгода в виде ценовой разницы. Такую же упущенную выгоду может взыскать и банк, потребовавший досрочного погашения кредита в связи с нарушением договора и добившийся этого, а затем разместивший возвращенные средства по более низкой ставке в связи с падением ставок на рынке (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Та же ситуация и с расторжением договора аренды из-за

его нарушения арендатором и заключением арендодателем замещающего договора аренды по более низкой цене (Определение СКЭС ВС РФ от 4 октября 2018 г. № 309-ЭС18-8924).

Естественно, ответчик не лишен права доказывать, что истец заключил замещающую сделку не по рыночной цене и не предпринял разумных мер к митигации убытков (Постановление Президиума ВАС РФ от 26 января 2010 г. № 11479/09, Определение СКГД ВС РФ от 26 апреля 2016 г. № 57-КГ16-1). Если он преуспееет, суд уменьшит размер убытков по правилам ст. 404 ГК РФ. Но презюмируется разумность поведения кредитора при заключении замещающей сделки (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Главным условием успешного взыскания таких убытков является то обстоятельство, что замещающая сделка действительно заключена взамен расторгнутого договора (либо в разумный срок после расторжения, либо непосредственно до, в преддверии расторжения), предмет расторгнутого и замещающего договоров аналогичен или максимально схож, а неценовые условия сделок сопоставимы. Чем больше различаются предметы сделок или их неценовые условия, тем больше оснований относить разницу в ценах на эти факторы и не доверять конкретному расчету ценовой разницы в качестве базы для расчета убытков.

При взыскании же абстрактной ценовой разницы подлежит доказыванию рыночная цена по сделкам с аналогичным предметом на сопоставимых неценовых условиях на момент расторжения договора. Нарушитель договора, впрочем, может доказывать, что кредитор потерял меньше, так как все-таки заключил замещающую сделку по более высокой цене, чем та, которая установилась на рынке на момент расторжения.

Другие детали доказывания убытков в виде конкретной или абстрактной ценовых разниц см. в комментариях к ст. 393.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса<sup>1</sup>.

#### *(д) Несостоявшееся приращение имущественной массы*

Как уже отмечалось, если должник осуществил дефектное предоставление, упущенная выгода может быть подсчитана как разница между рыночной ценой на то дефектное предоставление, которое было фактически предоставлено (определяемой на момент предоставления), с одной стороны, и рыночной ценой на то же предоставление, если бы оно было осуществлено без дефекта (определяемой на момент, когда

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 648–654 (автор комментария к ст. 393.1 – В.В. Байбак).

предоставление должно было быть осуществлено), – с другой. Если первая меньше второй, значит, у кредитора имеется упущенная выгода в виде неприращения имущественной массы согласно тому, на что кредитор был вправе рассчитывать.

Альтернативным здесь может быть механизм пропорционального снижения цены, соотношение которого с таким способом расчета упущенной выгоды может вызывать споры (см. подробнее подп. «в» п. 1.10 комментария к настоящей статье).

*(е) Учет приготовлений к получению доходов*

Согласно п. 4 ст. 393 ГК РФ «[п]ри определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления». Авторы нормы как бы пытаются вторгнуться в область доказательственного права и подсказать судам один из элементов доказательственной базы по делам о возмещении упущенной выгоды, наличие которого может учитываться при определении соблюдения стандарта доказывания.

Безусловно, при оценке доказательств упущенной выгоды, ее размера и причинной связи суд может учитывать сделанные приготовления и принятые меры, направленные на получение такой выгоды. И действительно, суды часто отказывают во взыскании упущенной выгоды, если вероятность получения такой выгоды не подтверждается принятыми истцом мерами приготовления к ее получению (Определение СКГД ВС РФ от 19 января 2016 г. № 18-КГ15-237, Определение СКЭС ВС РФ от 29 января 2015 г. по делу № 302-ЭС14-735, А19-1917/2013, Постановление Президиума ВАС РФ от 21 мая 2013 г. № 16674/12).

Но это не значит, что данный фактор является необходимым условием доказывания упущенной выгоды. Как справедливо указано в абзаце втором п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «в обоснование размера упущенной выгоды кредитор вправе представлять не только доказательства принятия мер и приготовлений для ее получения, но и любые другие доказательства возможности ее извлечения». Так, например, для обоснования выпадающих доходов в связи с простым конвейера не нужно доказывать, что завод уже заключил конкретные сделки по реализации того объема продукции, который он планировал собрать за период простоя; если доказано, что ранее эта продукция реализовывалась, есть все основания презюмировать наличие упущенной выгоды в том или ином размере.

*(ж) Доказывание упущенной выгоды при некоммерческом характере деятельности пострадавшего*

Если нарушен договор, который кредитором заключался не в целях извлечения доходов, или в результате деликта пострадавший был

лишен возможности осуществлять деятельность, которая не была направлена на извлечение доходов, высчитать упущенную выгоду затруднительно. Ведь выпадающих доходов здесь нет, и в результате нарушения не наблюдается эффект подрыва ожиданий в отношении приращения имущественной массы истца.

В то же время некоммерческий характер деятельности истца сам по себе не исключает взыскание упущенной выгоды, если истец потерял возможность извлечь некий доход, который он намеревался использовать в некоммерческих целях. Так, например, представим, что в результате нарушения договора ответчиком несколько дней не работал используемый благотворительным фондом сервис приема пожертвований в Интернете, и фонд не смог собрать некий обычно собираемый объем пожертвований. Как представляется, эти выпадающие пожертвования могут быть взысканы с нарушителя в составе упущенной выгоды. Таким образом фонд получает возможность извлечь средства, которые он рассчитывал извлечь, и направить их на те благотворительные цели, ради которых он существует. Иначе говоря, цели извлечения выпадающих доходов значения не имеют.

Кроме того, кредитор в случае получения дефектного предоставления по договору не лишен возможности заявить о соразмерном уменьшении цены или потребовать взыскания упущенной выгоды в виде разности ценностей обещанного по договору и фактически предоставленного (см. подробнее подп. «д» п. 2.2 комментария к настоящей статье).

Если в результате деликта причинен вред здоровью человека, который не работал (а жил, например, на пассивные рентные доходы, которые не зависят от его трудоспособности), закон (п. 4 ст. 1086 ГК РФ) позволяет ему рассчитать убытки абстрактным методом. Суд должен в такой ситуации учесть «зарботок до увольнения либо обычный размер вознаграждения работника его квалификации в данной местности, но не менее установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации». Если пострадал человек, не присутствующий на рынке оплачиваемого труда, а занимающийся домашним хозяйством, может быть использован тот же абстрактный метод расчета упущенной выгоды (либо подсчитан реальный ущерб в виде расходов на наем домашней прислуги, которая будет выполнять те же функции, которые выполнял пострадавший до утраты своей «домохозяйственной» трудоспособности).

Может ли такой же абстрактный метод использоваться при иных нарушениях (нарушении договора, причинении вреда имуществу и т.п.),

вопрос спорный. Как представляется, это по общему правилу невозможно, а соответствующая норма п. 4 ст. 1086 ГК РФ представляет собой льготу для потерпевшего при нарушении такого чувствительного абсолютного права, как неприкосновенность здоровья. В то же время возможно обсуждать применение данной нормы по аналогии для случаев нарушения иных личных неимущественных прав. Например, если некто незаконно удерживал в зиндане потерпевшего, который до этого не работал и, скорее всего, не работал бы, находясь на свободе, потерпевший, чье неимущественное право на личную свободу было грубо попрано, может рассчитать упущенную за время заточения выгоду посредством абстрактного метода, указанного в п. 4 ст. 1086 ГК РФ.

Поэтому, признавая объективную проблему доказывания упущенной выгоды в такого рода ситуациях, нельзя сказать, что кредитор (или потерпевший в результате деликта), не ведущий деятельность, направленную на извлечение доходов, вовсе лишен возможности взыскать упущенную выгоду.

### *(з) Проблема смещения доходов*

При взыскании упущенной выгоды следует учитывать, что иногда у истца за тот или иной отрезок времени действительно выпадают доходы, но это выпадение не абсолютное и будет компенсировано ростом доходов в будущем. Если спрос на продукцию или услуги истца устроен таким образом, что не реализованные им товары или услуги в один период будут неминуемо реализованы им в будущих периодах, упущенной выгоды нет. Например, допустим, что из-за нарушения ответчика рыболовная компания не смогла в течение месяца выпускать в море рыболовецкое судно и за этот период не заработала 20 млн руб. чистого дохода. Казалось бы, налицо упущенная выгода. Но далее представим, что у истца имеется годовая квота вылова, ограничивающая объем вылова для него, и он всегда ее выбирал максимально. В такой ситуации вполне можно предположить следующее: то, что он не выловил за этот месяц, он в состоянии выловить в последующие в пределах квоты. Такая же ситуация возникает во всех ситуациях, когда возможный объем доходов для истца ограничен. Здесь выпадающие за один период доходы компенсируются приращением доходов в последующий период. Как представляется, этот фактор должен учитываться при определении упущенной выгоды. Если эффект полного смещения доходов налицо, суд должен отказать во взыскании упущенной выгоды.

### ***2.3. Обоснованность дифференциации правовых режимов реального ущерба и упущенной выгоды***

Зачастую квалификация убытков в качестве реального ущерба или упущенной выгоды не имеет существенного значения, но в некоторых

случаях этот вопрос носит принципиальный характер. Например, убытки в виде упущенной выгоды не учитываются при определении наличия признаков банкротства должника, а также субординируются при банкротстве должника, т.е. удовлетворяются только после удовлетворения иных денежных требований кредиторов основной третьей очереди (п. 2 ст. 4, п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве). На практике это значит, что ни малейшего шанса взыскать упущенную выгоду при банкротстве должника у кредитора нет — реальный ущерб же рассматривается для целей банкротства как полноценный денежный долг. Кроме того, в ряде случаев закон или договор блокируют взыскание упущенной выгоды: такая оговорка встречается в целом ряде норм ГК РФ (п. 1 ст. 547, п. 3 ст. 573, ст. 692 ГК РФ и др.) и нередко включается в коммерческие договоры. В подобного рода случаях вопрос о том, к какой категории относится тот или иной убыток, оказывается имеющим принципиальное значение.

Есть ли в принципе экономическая логика в таком разграничении? Например, если производитель несет какие-то непредвиденные расходы — это вроде бы реальный ущерб, но ведь результатом несения таких издержек становится снижение ожидаемых чистых доходов: если возрастают расходы, падает прибыль. А это уже история об упущенной выгоде.

Соответственно, основная проблема такого разграничения состоит в спорности самой идеи предусмотреть в законе разные правила для реального ущерба и упущенной выгоды. В экономическом смысле издержки, которые понесены или неизбежно будут понесены, с одной стороны, и доход, который должен быть получен, но получен не был — с другой, принципиально не различаются. И тот, и другой суть экономические невыгоды. С экономической точки зрения неважно, потерял ли ты тысячу рублей, которая лежала у тебя в кошельке, либо не получил тысячу рублей, на получение которой имел право.

Разница лишь в том, что понесенные издержки — это в большинстве случаев однозначный и доказанный ущерб имущественной массе пострадавшего, в то время как неполучение ожидаемого приращения имущественной массы в большинстве случаев устанавливается с меньшей степенью достоверности. Если издержки понесены, это исторический факт, но, когда речь идет о неполученном доходе, мы делаем гипотетический прогноз того, что, если бы не нарушение, доход действительно был бы получен. Но это разграничение не следует преувеличивать. Далеко не всегда очевидно, что понесенные издержки не были бы понесены, если бы нарушение не состоялось, и, более того, закон позволяет взыскивать будущие издержки, вероятность несения

которых также ниже 100%; при этом в ряде случаев упущенная выгода может быть установлена без каких-либо сомнений.

Второе возможное объяснение состоит в том, что реальный ущерб оказывается, как правило, куда более прогнозируемым для нарушителя, чем упущенная выгода. Иногда законодатель желает оградить правонарушителя от взыскания таких труднопрогнозируемых и, возможно, очень значительных негативных последствий своего неправомерного поведения в силу тех или иных политико-правовых соображений (например, поощрения инвестиций в те или иные отрасли). Обратной стороной таких решений оказывается перенесение риска на пострадавших, которые вынуждены смириться с тем, что ожидаемые выгоды они не получат.

Другое возможное объяснение различий в регулировании этих видов убытков выводится из когнитивных искажений нашего сознания. Большинство людей, вопреки вышеуказанным экономическим резонам, действительно по-разному относятся к утраченной тысяче, которая им принадлежала, и неполученной тысяче, на которую они могли рассчитывать и имели право. Даже если получение той самой тысячи рублей было абсолютно надежной перспективой, переживание, которое люди испытывают при ее неполучении, меньше, чем переживание от утраты того, что у них уже есть. В науках, изучающих специфику человеческого сознания, это когнитивное искажение в виде несимметричного отношения к реальным потерям и неполученным выгодам обозначается как неприятие потерь (*loss aversion*). В итоге право ряда стран, которое формируют такие же люди с теми же когнитивными искажениями и которое пытается соответствовать представлениям людей о справедливости, возникающим нередко на основе таких искажений, в ряде случаев не может не удержаться перед соблазном отразить эту асимметрию наших эмоций в правовом регулировании.

Взвешивая все эти аргументы, следует прийти к выводу, что дифференциация правовых режимов реального ущерба и упущенной выгоды должна допускаться крайне осторожно и по возможности исключаться. Очень сомнительно, в частности, то, что в банкротстве реальный ущерб и упущенная выгода воспринимаются столь по-разному. Трудно объяснить, почему кредитор, который в результате нарушения не получил ожидаемый доход, в случае банкротства должника оказывается абсолютно бесправным, в то время как кредитор, имеющий требование о возмещении реального ущерба, воспринимается как обладатель полноценного денежного требования.

Спорность такого разграничения можно легко проиллюстрировать на следующем примере. В зависимости от ситуации одни и те же отри-



цательные имущественные последствия противоправного поведения могут быть квалифицированы как реальный ущерб или упущенная выгода. Например, убытки, возникающие у покупателя вследствие прекращения нарушенного поставщиком договора (ст. 393.1 ГК РФ), могут быть квалифицированы как разновидность реального ущерба, если покупатель был вынужден купить аналогичный товар у альтернативного поставщика дороже и потребовал взыскать конкретную ценовую разницу. Если же вследствие нарушения покупателя поставщик прекратил договор и продал иному покупателю товар дешевле, то в данном случае ценовая разница будет составлять упущенную выгоду поставщика. Почему в абсолютно симметричной ситуации, когда на кону по сути один и тот же вид убытков (конкретная ценовая разница), при использовании этого способа рассчитать убытки покупатель в случае банкротства поставщика вправе возбуждать дело о банкротстве, оказывается в стандартной третьей очереди и имеет шансы на получение хотя бы части убытков в рамках конкурсного производства, а поставщик при банкротстве покупателя оказывается в принципиально худшем положении? Найти в этом логику непросто.

Также не может не изумлять, что убыток, который директор общества причинил обществу, продав его имущество неоправданно дешево, будет, вероятнее всего, признан упущенной выгодой и при банкротстве директора погашен не будет в связи с субординацией такого требования, но ситуация будет почему-то принципиально иной, если убыток возник в результате покупки директором от имени общества имущества по неоправданно высокой цене.

Еще один пример, иллюстрирующий туманность критериев разграничений реального ущерба и упущенной выгоды: в практике возник вопрос о том, к какой категории следует отнести взыскание разницы между ценой вещи до повреждения и после повреждения, если пострадавший решает не осуществлять ремонт, ремонт просто бессмысленен или осуществленный ремонт не позволяет полностью вернуть стоимость вещи, которую она имела по своему состоянию до деликта (как известно, машина, побывавшая в аварии, стоит меньше, даже если ни внешне, ни функционально она не хуже, чем автомобиль «небитый»). В такой ситуации, казалось бы, снижение меновой стоимости вещи пострадавший может на себе прочувствовать только при попытке продать ее. При продаже образующаяся ценовая разница может показаться упущенной выгодой (недополученным доходом). Однако пострадавший не знает, когда он будет продавать вещь и будет ли вообще, но «меновой потенциал» у вещи снижается. Логично давать пострадавшему право на взыскание суммы, равной величине снижения

стоимости вещи в результате деликта, сразу же после деликта. И тут возникает проблема: согласно ст. 15 ГК РФ повреждение имущества прямо названо реальным ущербом. Так все-таки снижение рыночной стоимости вещи — это упущенная выгода или реальный ущерб? Судебная практика ВС РФ по данному последнему вопросу устоялась. Абзац третий п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 гласит, что «уменьшение стоимости имущества истца по сравнению с его стоимостью до нарушения ответчиком обязательства или причинения им вреда является реальным ущербом, даже если может непосредственно проявиться лишь при отчуждении этого имущества в будущем (например, утрата товарной стоимости автомобиля, поврежденного в результате дорожно-транспортного происшествия)». В другом постановлении ВС РФ указывает, что уменьшение стоимости вещи (обычно транспортного средства), вызванное преждевременным ухудшением его внешнего вида и эксплуатационных качеств из-за снижения прочности и долговечности отдельных деталей, узлов и агрегатов, соединений и защитных покрытий вследствие дорожно-транспортного происшествия и последующего ремонта, относится к реальному ущербу (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 58). Ту же позицию см. в п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 20. Более того, даже если пострадавший поврежденное имущество к моменту рассмотрения спора в суде уже продал, не производя восстановительный ремонт, и извлек из этой продажи меньше, чем мог бы, если бы имущество не было повреждено, суды все равно квалифицируют соответствующую разницу в качестве реального ущерба (Определение СКГД ВС РФ от 19 июля 2016 г. № 59-КГ16-9).

Другой пример: если в результате правонарушений третьего лица кредитор потерял возможность осуществить свое право требования к должнику по некоему обязательству и взыскать с него долг (например, из-за нарушений, допущенных приставами-исполнителями), это вроде бы и реальный ущерб (умаление существовавшего имущественного права), и упущенная выгода (неполучение дохода, на который кредитор вправе был рассчитывать). Есть примеры того, что ВС РФ относил такой убыток к категории упущенной выгоды: так, например, если по вине третьего лица арендодатель не смог получить арендную плату от арендатора (поскольку тот не обязан платить арендную плату в период, когда использование предмета аренды было заблокировано по вине указанного третьего лица), по мнению ВС РФ, арендодатель вправе потребовать взыскания с третьего лица недополученной арендной платы в качестве упущенной выгоды (Определение СКЭС ВС РФ от 29 января 2015 г. № 302-ЭС14-735, нашедшее отражение в Обзоре

судебной практики ВС РФ № 2 (2015), утвержденном Президиумом ВС РФ 26 июня 2015 г.). Но есть пример того, что Суд квалифицировал взыскание убытков с третьего лица, из-за которого истец утратил возможность получить исполнение по обязательству от должника, в качестве реального ущерба. По мнению ВС РФ, если из-за неправомерных действий пристава-исполнителя человек не смог уехать по путевке за границу, речь идет о реальном ущербе (Определение СКГД ВС РФ от 22 апреля 2014 г. № 16-КГ14-9).

Еще один пример: в случае, когда при реализации заложенной движимой или недвижимой вещи во внесудебном порядке без проведения торгов были нарушены правила об оценке предмета залога, залогодатель вправе предъявить залогодержателю требование о возмещении убытков, вызванных реализацией предмета залога с нарушением правил его оценки (п. 38 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10). Но о каком типе убытков идет речь? С одной стороны, залогодержатель продал за копейки имущество залогодателя и лишил того части его имущественной массы, но с другой — не позволил залогодателю получить достаточный остаточный доход от реализации своего имущества, на который он был вправе рассчитывать.

Ну и напоследок еще один пример — взыскание в качестве убытков компенсаций, которые пострадавший был вынужден заплатить третьим лицам по вине нарушителя. Представим, что торговый посредник, которого подвел его поставщик, вынужден был нарушить договор с конечным покупателем и компенсировать последнему упущенную выгоду. Если торговый посредник захочет потом «перевыставить» эти свои расходы поставщику, из-за которого он был вынужден нарушить свои обязательства перед конечным покупателем, такие убытки будут иметь характер реального ущерба. Убытки, проходя по обратной цепочке «квазирегрессных» исков к тому, чье нарушение и запустило исходную цепочку нарушений, трансформируются из упущенной выгоды в реальный ущерб. То же происходит и в контексте классического регрессного притязания при деликте в соответствии с правилами ст. 1081 ГК РФ.

#### ***2.4. Стандарт доказывания размера убытков***

Декларируемый в п. 1 комментируемой статьи принцип полного возмещения убытков должен применяться в системной взаимосвязи с п. 5 ст. 393 ГК РФ. Данной нормой предусмотрено, что убытки должны доказываться с разумной степенью достоверности.

Этот пассаж предполагает отход от господствовавшего в российской судебной практике долгие годы подхода, согласно которому убытки должны быть доказаны практически с абсолютной степенью досто-

верности, и суд отказывает во взыскании, если убытки не доказаны до копейки.

Разумная степень достоверности предполагает, что размер убытков доказан в том случае, когда истец продемонстрировал суду, что данные убытки возникли с той степенью вероятности, которая соответствует применимому гражданскому стандарту доказывания (с разумной степенью вероятности). На это прямо указывает п. 6 Обзора судебной практики по делам, связанным с изъятием для государственных или муниципальных нужд земельных участков в целях размещения объекта транспорта, утвержденный Президиумом ВС РФ 10 декабря 2015 г.: «При установлении размера упущенной выгоды судами принимался во внимание тот доход, который *с разумной степенью вероятности* был бы получен правообладателем участка, если бы он продолжил его использование исходя из тех условий, которые имели место до принятия административного решения об изъятии» (курсив наш. — А.К., В.Б.).

Если стандарт доказывания соблюден, остающиеся у суда определенные сомнения в точности расчета суд может игнорировать. Соответственно, от кредитора не требуется доказывать свои убытки с точностью до копейки — убедительного, но приблизительного расчета достаточно. В частности, как верно отмечено в п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, приблизительный расчет упущенной выгоды сам по себе не может служить основанием к отказу в иске.

Несмотря на то что данное правило о разумной степени достоверности закреплено в ст. 393 ГК РФ применительно к ответственности за нарушение обязательства, в п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 этот подход распространен на любые случаи взыскания убытков (значит, и на случай деликтов тоже).

Но каков уровень той самой разумной степени достоверности (вероятности), при достижении которого суду логично признавать бремя доказывания выполненным, а бремя опровержения переносить на ответчика? Ответ на этот вопрос зависит от того, какой стандарт доказывания здесь следует применять.

Базовый стандарт доказывания, применимый к гражданским спорам, было бы логично обозначать как «баланс вероятностей» (так именуется базовый стандарт доказывания по гражданским делам в ряде стран). Такое именование базового гражданского стандарта доказывания часто встречается в практике нижестоящих судов и поддержано ВС РФ в Определении СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2019 г. № 305-ЭС16-18600(5-8). Этот стандарт предполагает, что суд признает доказательства истца достаточными, а бремя опровержения переносится

на оппонента, если искомое обстоятельство подтверждается такими доказательствами, которые позволяют суду предположить, что спорный факт скорее был, чем не был (субъективная убежденность судьи в истинности гипотезы истца более 50%). Поэтому его нередко именуют симметричным стандартом доказывания. Он уравнивает вероятность ошибочного признания доказанным факта, которого не было (ошибка ложноположительного исхода, ошибка первого рода (*false-positive*)), и вероятность ошибочного непризнания доказанным факта, который на самом деле имел место (ошибка ложноотрицательного исхода, ошибка второго рода (*false-negative*)), и распределяет риски совершения судом ошибок обоих указанных типов в установлении спорного факта симметрично, т.е. максимально справедливо и уместно в гражданских спорах, основанных на равенстве сторон.

Предельно высокий стандарт доказывания, уместный для уголовных дел («вне разумных сомнений»), позволяющий любое разумное сомнение, которое остается у судьи в истинности гипотезы, толковать против стороны, несущей бремя доказывания, ВС РФ использует не только по уголовным делам (апелляционные определения ВС РФ от 5 августа 2014 г. № 56-АПУ14-29, от 12 января 2018 г. № 81-АПУ17-21), но и иногда в банкротном праве (определения СКЭС ВС РФ от 23 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-6779, от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413, от 21 февраля 2019 г. № 308-ЭС18-16740, от 29 октября 2018 г. № 308-ЭС18-9470). Тем не менее последнее — очень сомнительный шаг и явная аномалия: стандарт «вне разумных сомнений» к гражданскому праву отношения иметь не должен, так как предполагает неприемлемый уровень асимметричного отношения общества к ошибочному оправданию виновного и ошибке осуждения невиновного, а также неравенства доказательственных возможностей обвинения и защиты.

Но ВС РФ в вышеуказанных определениях по банкротным спорам, а также в ряде других дел (Определение СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2019 г. № 305-ЭС16-18600(5-8)) выделяет и промежуточный, умеренно повышенный стандарт доказывания — «ясные и убедительные доказательства», который, как прямо указывает ВС РФ, выше, чем обычный непоименованный гражданский, и ниже, чем уголовный стандарт «вне разумных сомнений». Этот стандарт, по мнению ВС РФ, применяется в том числе к установлению в реестре требований кредиторов требований не аффилированных с должником кредиторов.

ВС РФ явно выделяет еще и четвертый стандарт — *prima facie* убедительность, применимый для некоторых категорий споров и предполагающий признание бремени доказывания выполненным при той степени внутренней убежденности суда, которая ниже симметричного

баланса вероятностей: обремененной стороне достаточно представить доказательства, позволяющие предположить, что ее версия не совсем беспочвенна и имеет под собой, возможно, некоторые основания и соответствует действительности хотя бы с «малой степенью вероятности» (см.: постановления Президиума ВАС РФ от 13 мая 2014 г. № 1446/14, от 6 марта 2012 г. № 12505/11; определения СКЭС ВС РФ от 9 октября 2015 г. № 305-КГ15-5805, от 28 апреля 2017 г. № 305-ЭС16-19572, от 17 октября 2017 г. № 310-ЭС17-8992, от 28 февраля 2018 г. № 308-ЭС17-12100, от 20 сентября 2018 г. № 305-ЭС18-6622, от 29 октября 2018 г. № 308-ЭС18-9470, от 14 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-17629, от 21 февраля 2019 г. № 308-ЭС18-16740, от 21 марта 2019 г. № 308-ЭС18-25635).

Так какой же стандарт доказывания должен применяться к установлению размера убытков? Как уже отмечалось, по умолчанию для гражданских споров уместен симметричный общегражданский стандарт «баланс вероятностей», если отсутствуют политико-правовые основания для повышения или понижения такого стандарта. Одним из аргументов в пользу повышения стандарта доказывания может быть то, что цена ошибки признания на самом деле отсутствующих убытков доказанными выше, чем цена ошибочного отказа во взыскании реально возникших убытков. Но в контексте взыскания убытков в рамках обычного гражданского процесса цена ошибок обоих типов примерно одинакова. Так что этот аргумент в пользу повышения стандарта доказывания здесь обнаружить невозможно. Как уже отмечалось, другой аргумент в пользу повышения стандарта — это асимметрия доказательственных возможностей: если в силу асимметрии доступа к доказательствам истцу намного проще доказать спорный факт, чем ответчику его опровергнуть, открываются основания для некоторого повышения стандарта доказывания. Этот последний фактор может в ряде случаев присутствовать в делах о возмещении убытков, ведь у истца, как правило, имеется куда более широкий доступ к доказательствам своих собственных убытков, чем доступ ответчика к доказательствам отсутствия у истца таких убытков. Это касается доказательств понесенных расходов и ряда иных фактов, подлежащих установлению по делу о взыскании убытков. Если суду очевидно, что а) истцу не составит труда нарастить убедительность представляемых доказательств в силу широкого доступа к доказательственной базе и при этом б) ответчику опровергать расчеты истца крайне сложно с учетом отсутствия такого доступа (т.е. имеется очевидная асимметрия доказательственных возможностей), суду, видимо, стоит проявить большую требовательность и не спешить переносить на ответчика бремя опровержения, ведь иначе ответчик может столкнуться с неразрешимой

задачей. Здесь, возможно, логичнее повышать стандарт до уровня умеренно повышенного стандарта (который у нас пока неудачно на американский манер именуется «ясные и убедительные доказательства»). Российское процессуальное право в той его интерпретации, которая доминирует на практике, предоставляет крайне слабые возможности по эффективному истребованию доказательств у процессуального оппонента и представлению свидетельских показаний, а также основано на лояльном отношении закона и судов к прямой лжи сторон. Закон в его доминирующей интерпретации позволяет сторонам гражданского спора лгать и вводить суд в заблуждение в отношении фактов спора в рамках объяснений по делу или как минимум не предусматривает для этой ситуации каких-либо чувствительных санкций. В таких условиях игнорирование фактора явной асимметрии доказательственных возможностей и преждевременное перенесение бремени опровержения размера убытков на ответчика с учетом того, что в большинстве случаев все возможные доказательства, которые подтверждают или опровергают факт наличия убытков, находятся в сфере контроля истца, может быть не вполне справедливым. Когда очевидно, что истец явно недорабатывает в плане сбора и представления доказательств, а ответчик просто будет не в состоянии выполнить перенесенное на него бремя опровержения, открываются условия для умеренного отклонения искомого стандарта доказывания по сравнению с базовым симметричным балансом вероятностей в сторону повышения.

В то же время указанное повышение стандарта уместно в отношении далеко не всех фактов, подлежащих доказыванию по делу о возмещении убытков. Так, например, если само наличие убытков доказано, но на повестке стоит вопрос о наличии причинно-следственной связи, последняя должна устанавливаться с применением симметричного стандарта доказывания.

В этом плане, возможно, избыточным упрощением является тезис ВС РФ о том, что при взыскании с директора убытков по правилам ст. 53.1 ГК РФ подлежит применению умеренно повышенный стандарт доказывания «ясные и убедительные доказательства» (Определение СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2019 г. № 305-ЭС16-18600(5-8)). Стандарт доказывания должен определяться в привязке к установлению конкретных фактов. По одному и тому же типу споров при доказывании разных обстоятельств могут применяться разные стандарты доказывания (раз уж наша судебная практика пошла по пути дифференциации стандартов доказывания по гражданским делам). Одно дело — доказывание факта нарушения директором или иным контролирующим лицом своих фидуциарных обязанностей перед обществом, другое — дока-

зывание самих убытков и третье — доказывание наличия причинной связи между таким нарушением и возникшими убытками. Применение умеренно повышенного стандарта доказывания кажется приемлемым решением для доказывания возникновения самих убытков, вряд ли уместно для доказывания причинной связи и может вызывать споры в отношении доказывания факта нарушения фидуциарных обязанностей. При этом как ст. 393 ГК РФ, так и практика ВС РФ идут дальше и устанавливают более важное правило: истцу не может быть отказано в компенсации убытков и в тех случаях, когда он не смог доказать размер своих убытков с разумной степенью достоверности (т.е. с разумной степенью вероятности, соответствующей применимому стандарту доказывания). В такой ситуации суд сам должен определить адекватный размер компенсации с учетом всех обстоятельств дела и принципов разумности и справедливости. Такой расчет убытков иногда обозначается латинской фразой «*ex aequo et bono*» («согласно критериям добра и справедливости»). Это правило заимствовано из международных источников (п. 3 ст. 7.4.3 Принципов УНИДРУА), а также из проекта Гражданского уложения Российской империи и представляет собой резервную норму, которая должна применяться судом, чтобы не оставить вообще без компенсации потерпевшего, столкнувшегося с объективными сложностями в доказывании размера убытков даже с учетом разумного стандарта доказывания. По сути, это правило означает, что в случае, если истец не представил доказательств, обосновывающих размер своих убытков с разумной степенью достоверности, суд должен сам осуществить расчет тех убытков, которые, вероятнее всего, кредитор понес, и присудить в пользу последнего такую сумму.

Такой расчет суд может сделать на основе результатов судебной экспертизы. Кроме того, может обсуждаться и такой вариант: суд корректирует расчет убытков, предложенный истцом, с учетом субъективного ощущения вероятности его соответствия действительности. Например, если по итогам оценки всех доказательств и аргументов суду кажется, что заявленные истцом убытки действительно имеют место с вероятностью ниже релевантного стандарта доказывания, но не настолько ничтожны, чтобы эту вероятность игнорировать (например, 40%), он может присудить некоторую часть заявленной суммы пропорциональной данной вероятности. Такие сомнения могут возникать прежде всего в ситуациях, когда подлежат взысканию будущие расходы или будущие выпадающие доходы. В особо сложных случаях суд может присудить компенсацию по своему усмотрению, ориентируясь на свое чувство справедливости (примерно таким же образом, как суд определяет размер морального вреда или астрента).



При этом важно подчеркнуть, что в силу принципа состязательности суд на основании п. 5 ст. 393 ГК РФ переходит к присуждению примерных убытков «по справедливости» только в том случае, если расчеты убытков, представленные истцом, не соответствуют стандарту разумной достоверности. В силу общих принципов процессуального права отказ суда в признании доказательств истца должен быть мотивирован. Если доказательства истца недостаточно убедительны, суд может перейти к определению гипотетического размера убытков. И в этом случае дискреция суда превалирует над состязательностью.

Данная идея закрепились в российской правоприменительной практике незадолго до ее воплощения в ГК РФ (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. № 2929/11). Теперь она неоднократно подтверждена абстрактными разъяснениями ВС РФ по вопросам судебной практики (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25; п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 26; п. 19 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденного Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.; п. 4 Обзора судебной практики по спорам, связанным с договорами перевозки груза и транспортной экспедиции, утвержденного Президиумом ВС РФ 20 декабря 2017 г.) и активно применяется ВС РФ при разрешении споров о взыскании убытков как в связи с нарушением договора, так и в рамках деликтной ответственности (см., например: определения СКГД ВС РФ от 19 января 2016 г. № 46-КГ15-34, от 19 июля 2016 г. № 59-КГ16-9, от 30 января 2018 г. № 20-КГ17-21, от 18 декабря 2018 г. № 74-КГ18-17; определения СКЭС ВС РФ от 14 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-3663, от 24 февраля 2016 г. № 305-ЭС15-9673, от 3 марта 2016 г. № 309-ЭС15-13936, от 7 апреля 2016 г. № 305-ЭС15-16906, от 17 июня 2016 г. по делу № 309-ЭС15-1037 и др.).

В то же время данное правило может применяться только при наличии двух условий.

Во-первых, истец, рассчитывающий на применение данного подхода, должен представить доказательства, которые позволяют говорить о том, что возникновение убытков вполне правдоподобно, а неопределенность затрагивает только вопрос о точном размере таких убытков.

Во-вторых, переложить на суд бремя осуществления гипотетического расчета может только тот истец, который добросовестно пытался доказать свои убытки, но столкнулся с некими объективными сложностями. Если истец откровенно пренебрег своим бременем доказы-

вания, то расчет убытков по инициативе суда не должен применяться. В судебном решении отказ в осуществлении гипотетического расчета по этому основанию должен быть мотивирован ссылкой на недобросовестность истца.

Когда указанные условия выполнены (наличие самого факта возникновения убытков доказано, и при этом кредитор предпринял разумные усилия по доказыванию размера убытков), но, по мнению суда, стандарт доказывания не соблюден, бремя осуществления гипотетического расчета переходит на судью, который в этих целях может инициировать проведение соответствующей экспертизы или опереться на те или иные средние величины (рыночные цены, обычные ставки процента и т.п.).

Если истец не желает сталкиваться с такой неопределенностью, он должен проявить доказательственную активность и представить достаточные доказательства в отношении расчета своих убытков, чтобы повысить вероятность того, что суд признает стандарт доказывания соблюденным и возьмет за основу расчеты истца.

При этом следует обратить внимание на один важный практический побочный эффект установления данного правила. Применение этого правила *de facto* постепенно стимулирует суды снижать неоправданно высокий стандарт доказывания, который они ранее часто применяли по делам о взыскании убытков, и приближает его к искомому разумному стандарту доказывания. Это еще больше увеличивает значение активной позиции ответчика по таким делам. Если ранее в условиях завышенного стандарта доказывания ответчики были, как правило, уверены в том, что суд отвергнет расчет истца за недоказанностью и нередко вели себя крайне пассивно, то в новых условиях такая пассивность ответчика может стоить ему очень дорого.

### ***2.5. Сложности с определением убытков при расчете будущих расходов в составе реального ущерба или будущих выпадающих доходов в составе упущенной выгоды***

Особенно сложно доказать будущие расходы и выпадающие в будущем доходы, так как здесь приходится делать массу допущений в отношении будущего развития событий. При расчете выпадающих доходов по причине утраты трудоспособности суд исходит из гипотезы, что те доходы, которые истец получал ранее, он получал бы и в будущем, но это далеко не всегда так. При авансировании расходов на устранение дефекта в товаре, повреждения имущества или на лечение суд может понимать, что выглядящий на первый взгляд убедительным с точки зрения рыночных цен расчет может оказаться не вполне соответствующим реальности, и на самом деле истцу не придется нести все

эти расходы, или, наоборот, его расходы на поверку окажутся более значительными.

Если взыскиваются убытки в виде конкретной ценовой разницы в связи с расторжением нарушенного договора и заключением замещающей сделки по правилам ст. 393.1 ГК РФ, суд исходит из допущения, что новый договор будет исполняться в течение всего срока, на который он заключен, и рассчитывает размер выпадающих доходов (если истец по замещающей сделке получает меньшую цену, чем мог получать по расторгнутому договору) или будущих расходов (если истец вынужден платить больше по замещающей сделке, чем по расторгнутой), исходя из того допущения, что расторгнутый договор, если бы не был расторгнут, действовал бы все это время и исполнялся сторонами по согласованной цене. Но очевидно, что эти допущения могут не вполне соответствовать реалиям. Данная проблема встает очень остро, если расторгается долгосрочный договор (например, аренда или долгосрочный договор поставки), и проекцию будущих убытков следует делать на несколько лет вперед.

Ситуация становится совсем запутанной, если цена расторгнутого договора и (или) замещающей сделки подлежит автоматическим корректировкам, носит плавающий характер и привязана, например, к уровню инфляции или содержит валютную оговорку. Здесь суду надо каким-то образом представить, каковы будут соответствующие показатели в будущем, что невозможно. Естественно, можно на основе п. 3 ст. 393 ГК РФ упростить задачу, взяв за основу соответствующие показатели на момент расторжения или на момент взыскания убытков, и закрыть глаза на возможные последующие колебания. Анализ ситуации с валютной оговоркой см. п. 2.9 комментария к настоящей статье.

Впрочем, здесь возникает вопрос о том, можно ли истцу или ответчику позволить доказывать, что очень вероятно изменение этих показателей в будущем, и учитывать такие прогнозы, делая соответствующие поправки.

Большинство из этих проблем пока в судебной практике не решены и требуют пристального внимания ученых, практикующих юристов и судов.

Но в качестве общего замечания на данном этапе можно лишь указать, что при оценке обоснованности расчета убытков суд должен не забывать о том, что эти доказательства оцениваются на основе применимого стандарта доказывания. Если доказательства истца не настолько убедительны, чтобы данный стандарт был соблюден, суд не должен отказывать во взыскании вовсе, а должен, как указывалось в п. 2.4 комментария к настоящей статье, определить размер убытков

«по справедливости». В такой ситуации суд вполне может понизить размер убытков и скорректировать его с учетом вероятности его соответствия действительности.

### **2.6. Причинно-следственная связь**

Взысканию подлежат только те убытки, которые находятся в причинно-следственной связи с нарушением обязательства, деликтом, ложностью заверений или наступлением иных обстоятельств, дающих основание для возмещения. И здесь мы оказываемся в рамках, пожалуй, самой сложной и запутанной области права – в сфере дебатов о причинной связи в праве.

Очевидно, что причинно-следственная связь между возникновением обстоятельства, являющегося основанием для возмещения, и возникающими убытками должна быть доказана истцом. Не вызывает сомнений также то, что наличие причинной связи, так же как и размер убытков, должно быть доказано с «разумной степенью достоверности», на что сейчас прямо указано в п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Это значит, что суды не должны требовать от истца представления доказательств, которые без каких-либо сомнений подтверждают наличие причинной связи. Уголовный стандарт доказывания «вне разумных сомнений», который, как представляется, долгие годы ранее некоторые российские суды *de facto*, того прямо не объявляя, применяли к доказыванию причинной связи по гражданским делам, неуместен. Достаточно представления доказательств, которые позволяют с разумной степенью вероятности предположить, что доказанные убытки возникли по причине установленного правонарушения или иного обстоятельства, дающего право на возмещение. А разумная степень вероятности тут должна соответствовать базовому симметричному стандарту доказывания «баланс вероятностей»: достаточно доказать, что убытки возникли скорее по причине данного нарушения, чем в силу каких-либо иных причин. Если истец такие доказательства представил, бремя опровержения переносится на ответчика.

Но это все достаточно общие слова. Как же в принципе работает или может работать доказывание причинной связи? Для того чтобы доказать наличие такой связи, кредитор должен подтвердить, что убытки объективно возникли вследствие наступления соответствующего обстоятельства. Но эта тема намного сложнее, чем кажется.

Часто исходят из того, что для определения причинной связи следует сначала определить наличие объективной связи нарушения и убытков, а далее, если такая связь обнаружена, следует оценить, насколько справедливо вменять ответчику такие убытки. Считается,

что первый вопрос — это вопрос установления факта, а второй — это вопрос политики права. Следует, впрочем, отметить, что уже на первой стадии без политики права в ряде случаев обойтись не удастся, а также что ответ на второй вопрос не столько устанавливает причинность, сколько ограничивает ответственность.

*(а) Определение объективной причинности*

Обычно считается, что для подтверждения причинной связи необходимо вначале установить объективную (фактическую) причинно-следственную связь между нарушением (или иным основанием для возмещения убытков) и самими убытками. Здесь практически повсеместно применяется тест, именуемый «but for test» или «conditio sine qua non»: кредитор должен доказать, что, если бы нарушение не произошло, эти убытки не возникли бы. Например, если нарушение состояло в нарушении негативного обязательства, надо смоделировать сценарий, в котором должник продолжал бездействовать, если нарушение состояло в поставке дефектного товара — сценарий, в котором товар был бы качественным; в случае причинения вреда имуществу — сценарий, в котором вред не был бы причинен, и т.п. Такое моделирование основано на представлениях судьи о здравом смысле, обычных закономерностях поведения и событий, но нередко и на научных эмпирических данных. Цель теста — определить, является ли нарушение необходимым условием для возникновения убытков.

Истец должен смоделировать гипотетическую ситуацию, в которой соответствующего триггера возмещения (нарушения договора, деликта и т.п.) нет, и доказать, что в таком случае доказанных убытков не было бы. Если убытки не проявились бы, не произошли соответствующее обстоятельство-триггер, значит, их возникновение есть следствие данного обстоятельства. Это крайне важно, так как далеко не всегда то, что происходит после, есть следствие предшествующего обстоятельства. Нередко мы допускаем логическую ошибку, при которой причинно-следственная связь отождествляется с хронологической последовательностью: «После этого — значит по причине этого» («post hoc ergo propter hoc»). Тест *but for (conditio sine qua non)* позволяет этой ошибки избежать. Его цель — установить, что соответствующее нарушение или иное обстоятельство-триггер является *необходимым* условием возникновения убытков.

Соблюдение этого теста не означает, что убытки будут взысканы, так как еще необходимо проверить их на предмет соответствия второму тесту на юридическую вменяемость (справедливость возложения риска таких убытков на ответчика), о чем речь пойдет ниже, но без успешного прохождения первого теста на объективную причинность

иск о взыскании убытков имеет мало перспектив, и использование второго теста уже не нужно.

Очень часто этот первый тест позволяет достаточно просто определить объективную причинную связь. Тем не менее на данном этапе кредитор может столкнуться с рядом сложностей.

Это сложности моделирования альтернативного сценария и обнаружения причинности посредством указанного выше мысленного эксперимента. Нередко доказать с абсолютной достоверностью наличие такой причинно-следственной связи бывает затруднительно (особенно в случае с упущенной выгодой). Так, например, крайне сложно доказать наличие причинной связи между нарушением денежного обязательства и какими-либо убытками кредитора, поскольку само по себе отсутствие некой суммы денег на счете кредитора мало что значит и достаточно сложно представить, что кредитор не мог произвести платежи третьим лицам не из средств, поступающих от должника, а за счет иных своих денежных средств (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 15 декабря 2015 г. № 309-ЭС15-10298).

Главная сложность состоит в том, что убедительно представить себе гипотетическое развитие событий, в котором нарушения не было, не всегда легко, так как могли вмешаться какие-то иные обстоятельства, которые привели бы к тому же результату. Например, представим, что сырье не было поставлено на завод, конвейер встал, и возникла упущенная выгода. Можно ли быть уверенным в том, что, если бы сырье было поставлено вовремя, конвейер все равно не встал бы по какой-либо иной причине? Абсолютной уверенности не требуется, поскольку применимый стандарт доказывания такой абсолютной убежденности не предполагает, но все же сомнения могут оставаться достаточно значительные.

В этом контексте ВС РФ закрепил в п. 5 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 крайне важное разъяснение, которое призвано упростить доказывание причинно-следственной связи. ВС РФ указал: «При установлении причинной связи между нарушением обязательства и убытками необходимо учитывать, в частности, то, к каким последствиям в обычных условиях гражданского оборота могло привести подобное нарушение. Если возникновение убытков, возмещения которых требует кредитор, является обычным последствием допущенного должником нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными кредитором убытками предполагается.

Должник, опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной при-

чины возникновения этих убытков». Ранее такой подход встречался в практике Президиума ВАС РФ (Постановление от 26 марта 2013 г. № 15078/12). Иначе говоря, если доказанные кредитором убытки являются нормальным, привычным для оборота и в целом предвидимым на момент нарушения договора последствием такого нарушения, то наличие причинно-следственной связи следует презюмировать, и уже должник вынужден доказывать, что указанные убытки возникли у кредитора по какой-то иной причине. Иначе говоря, типичность возникновения доказанных убытков в результате нарушения предполагает соответствие представленных доказательств стандарту доказывания, и на ответчика переносится бремя опровержения. Как представляется, этот подход применим и к взысканию убытков по иным основаниям.

Но главная сложность состоит в том, что сохранить абсолютно научную беспристрастность при применении теста на объективную причинность не получается в целом ряде сложных случаев, которые вынуждают суды включать логику политико-правового анализа и искать справедливые решения. Такие ситуации именуют случаями осложненной причинности.

*Первая сложность* такого рода связана с тем, что мы при определении причинности должны заложить в альтернативный сценарий, в рамках которого нарушения не было, целый ряд допущений. Например, чтобы понять, находятся ли гибель сотрудника в причинной связи с непринятием предприятий мер пожарной безопасности, надо оценить вероятность того, что человек все равно погиб бы, несмотря на установку соответствующей пожарной сигнализации. Это сделать не всегда достаточно просто. Приходится оценивать, насколько сильно непринятие таких мер понизило шансы погибшего на выживание. Та же ситуация и со смертью человека от рака, возникшего, по утверждению истца по иску о возмещении убытков в связи с потерей кормильца, в результате доказанного радиационного облучения по вине ответчика. Рак мог возникнуть и по целому ряду иных причин, даже если бы радиационное поражение отсутствовало. Последнее увеличило шансы человека заболеть такой страшной болезнью. Как в подобной ситуации определять причинность? Насколько значимым должно быть понижение шансов на избежание вреда здоровью, для того чтобы причинная связь была обнаружена? Не будет ли справедливым присудить убытки в такой ситуации пропорционально увеличению шансов на гибель в связи с непринятием мер пожарной безопасности или радиационным поражением?

Другой пример: неправильный диагноз задержал выявление тяжелого заболевания. Если бы врач проявил должную степень заботливости,

диагноз был бы правильно поставлен ранее, и вероятность выздоровления при условии назначения положенного по протоколу курса лечения была бы равна 30%, но когда истинный диагноз был через год выявлен, вероятность излечения составила лишь 5%. Пациент в итоге скончался. Могут ли иждивенцы предъявить к врачу иск о возмещении вреда, связанного с потерей кормильца, обвинив его в том, что его ошибка значительно понизила шансы пациента на выздоровление? И может ли здесь ответственность быть пропорциональной снижению шансов на излечение?

*Вторая сложность* состоит в том, что нередко тест *sine qua non* дает полноценный логический сбой. Такая ситуация имеет место в тех случаях, когда не только нарушение, но и иное не гипотетическое (как в примере выше), а реально случившееся обстоятельство автономно могло спровоцировать убытки, т.е. имеется *множественность достаточных причин убытков* (иногда эту ситуацию именуют *кумулятивной причинностью*). Если одно из них нарушение, в связи с которым убытки взыскиваются, а другое — нарушение, допущенное третьим лицом, возникает проблема, так как моделирование сценария, в котором первого нарушения не было, приведет к тому, что мы все равно увидим возникновение убытков. Классический пример: два субподрядчика нарушили сроки сдачи своих работ, и в связи с этим генподрядчик просрочил сдачу работ заказчику, в связи с чем у генподрядчика возникли убытки (например, с него заказчик взыскал пени за просрочку). Если в такой ситуации генподрядчик попытается взыскать эти убытки с одного из субподрядчиков, тот, ссылаясь на тест *conditio sine qua non*, может возразить, что, даже если бы он вовремя сдал работы в срок, генподрядчик все равно не смог бы сдать работы заказчику, так как просрочку допустил независимо от него и другой субподрядчик. При попытке же взыскать убытки со второго субподрядчика, генподрядчик столкнется с тем же симметричным возражением. Возникает замкнутый круг, своего рода «уловка-22». Очевидно, что в описанной ситуации нам придется делать уточнение к тесту *conditio sine qua non*. Логичным решением было бы взыскание убытков с каждого из субподрядчиков либо изначально в долях, либо солидарно с последующей регрессной раскладкой между ними выплаченных генподрядчику средств пропорционально доли участия каждого в состоявшемся срыве сроков (по умолчанию 50/50). Последнее решение поддерживается многими правопорядками.

В России Пленум ВС РФ в п. 11 Постановления от 30 ноября 2017 г. № 49 сделал в похожей ситуации выбор в пользу долевой ответственности: «По смыслу статьи 1064 ГК РФ, если несколько лиц действовали



независимо друг от друга и действия каждого из них привели к причинению вреда окружающей среде, по общему правилу такие лица несут долевую ответственность. На размер доли каждого из причинителей вреда может влиять, в частности, опасность деятельности каждого из них, ее интенсивность и др. Так, на двух лиц, осуществляющих независимо друг от друга складирование твердых бытовых отходов на не предназначенном для этих целей земельном участке, может быть возложена ответственность в долях пропорционально объему отходов, определяемому, например, по количеству используемых транспортных средств для вывоза отходов, их вместительности, классу опасности отходов, образующихся от деятельности указанных лиц, и иных факторов. Когда долю в причинении вреда каждого из названных лиц установить невозможно, они отвечают в равных долях (статья 321 ГК РФ)». Но выбор в пользу долевой, а не солидарной ответственности вызывает споры.

Третья сложность возникает в ситуации так называемой *опережающей причинной связи (overtaking causation)*. Что, если после нарушения и возникновения убытков возникло независимое второе обстоятельство, которое самостоятельно спровоцировало бы те же или бóльшие убытки истца, даже если первого нарушения не было? Иногда эту ситуацию отличают от ситуации кумулятивной причинности. Данное отличие наглядно проявляется в ситуации деликта. Например, человек поджиг дом соседа, тем самым причинив ущерб, а через пару дней вся деревня сгорела в результате масштабного пожара тайги; очевидно, что даже если бы деликт не состоялся, дом все равно бы сгорел.

Что, если последующее обстоятельство, которое могло бы повлечь тот же или больший ущерб, представляет собой не правонарушение третьего лица и не объективное внешнее событие, а некое обстоятельство, находящееся в сфере контроля истца? Например, представим, что поставщик просрочил поставку сырья на завод и тот встал, но в то же время заводу было выдано административное предписание остановить работу в связи с нарушением экологического законодательства. Иначе говоря, завод остановился бы в любом случае, даже если бы поставщик не нарушал договор. Как представляется, здесь взыскание убытков должно исключаться. В остальных ситуациях решение менее очевидно и вызывает бурные дискуссии в зарубежном деликтном праве.

Четвертая сложность возникает в ситуации так называемой *вытесняющей причинности*. Здесь после того, как произошло правонарушение, но до материализации убытков, происходит по вине третьих лиц или в силу внешних обстоятельств некое другое обстоятельство, которое причиняет тот же вред или убыток, которые иначе бы возникли

в силу первого нарушения. В отличие от ситуации опережающей причинности, здесь вред материализуется формально в силу последующего обстоятельства, но возник бы и при его отсутствии. Допустим, кто-то медленно травил коня соседа, и смерть наступила бы с задержкой в некоторое время, но прежде чем вред успел материализовываться, конь погиб в результате пожара. Другой пример: в результате дефектов в проданном товаре покупатель-потребитель пострадал и потерял трудоспособность на некоторое время, но сразу после этого (т.е. еще до того, как упущенная выгода за предстоящий период простоя в работе материализовалась), пострадавший попал в автоаварию и лишился трудоспособности навсегда. Еще один пример: поставщик поставил в порт на условиях *FOB* дефектный груз, что давало покупателю право на взыскание убытков в связи с данным дефектом после доставки груза и принятия решения о несении расходов на устранение дефекта, но после перехода собственности и риска случайной гибели на покупателя в момент погрузки груза на судно и отбытия последнего по маршруту оно попало в бурю и утонуло с грузом. Даже если бы товар был качественным, он все равно погиб бы. Правоведы разных стран спорят о справедливом разрешении такой ситуации.

Пятая сложность состоит в том, что иногда налицо ситуация, когда два или более лица могли причинить вред, кто-то из них точно его причинил, но установить, кто это, было невозможно, или два или более подрядчика могли допустить обнаруженный дефект, спровоцировавший убытки заказчика, но точно определить, чей дефект вызвал обрушение здания, невозможно (проблема *альтернативной причинности*). По общему правилу отсутствие доказательств правонарушения со стороны конкретного ответчика должно исключать взыскание с него убытков. Но в тех случаях, когда оба в той или иной степени отвечают за создание самой угрозы возникновения ущерба или чисто финансовых убытков (например, два охотника проявили неосторожность и осуществили выстрел дробью в направлении объекта, принятого ими за лося, но по несчастному стечению обстоятельств оказавшегося собирателем грибов), отсутствует уверенность в том, чье конкретно поведение привело к ущербу или убыткам, открываются аргументы в пользу солидарной или долевой ответственности. Классический пример: доказано, что две фармацевтические компании выпускали вредный препарат под единой торговой маркой, и установлено, что у гражданина, употреблявшего его, ухудшилось здоровье, но он не может установить, таблетки какой из двух компаний он употреблял (вряд ли кто-то рассматривает имя производителя на упаковке лекарств и сохраняет чеки и те самые упаковки). Справедливо ли оставить пострадавшего без возмещения, держа

в уме, что вина в выпуске вредного препарата обеих компаний доказана, причинная связь между употреблением препарата и вредом здоровью истца тоже, и непроясненным остается лишь то, чьи конкретно таблетки принимал истец? Или логично привлечь компании к солидарной ответственности с последующей регрессной раскладкой пропорционально доле рынка данного препарата, которую занимал каждый из них, или к доленой ответственности пропорционально указанной доле рынка?

Ситуация осложняется, если к убыткам могли привести как противоправные действия ответчика, так и некие внешние обстоятельства или поведение самого истца. Например, у человека возник рак легких, как он считает, в результате работы на производстве с небезопасными условиями труда, и действительно доказано, что такие условия труда резко повышают риск ракового заболевания, но истец также был заядлым курильщиком, что тоже могло повлечь данное заболевание. Два этих фактора являются потенциальными причинами вреда, но достоверно установить, возникло бы заболевание при отсутствии одного из факторов, затруднительно. Нередко обсуждается такое решение, как снижение объема ответственности по принципу распределения между истцом и ответчиком риска возникновения убытков.

Сложная ситуация возникает и тогда, когда несколько ответчиков, являющихся потенциальными причинителями вреда, сталкиваются с деликтным иском нескольких пострадавших; при этом доказать, кому из них кем конкретно из ответчиков был причинен вред и был ли причинен вред каждым из них в отдельности, не представляется возможным.

По всем описанным выше и ряду иных подобных вопросов причинности идут жаркие споры в правовой науке разных стран, а суды занимают различные позиции. Обсуждаются подобные ситуации и в российской науке и судебных решениях, но ни глубокой доктринальной проработки, ни однозначного ответа на большинство таких вопросов пока на уровне практики ВС РФ нет. В рамках настоящего комментария не представляется возможным погрузиться во все эти вопросы сколько-нибудь глубоко. Наша задача состоит лишь в том, чтобы показать, что применение теста на объективную причинность — это далеко не самое простое предприятие, и здесь суды и ученые вынуждены уходить в область политики права, учитывать соображения справедливости, обеспечения превенции и нередко даже экономической эффективности.

*(б) Тест на юридическую вменимость убытков*

Объективная причинно-следственная связь пытается выявить то, что нарушение (или иное обстоятельство, являющееся основанием

для возмещения) было необходимым условием возникших убытков, т.е. объективно спровоцировало такие убытки. Но даже если данная объективная причинность определена с учетом применимого стандарта доказывания, это не значит, что убытки должны взыскиваться.

Очевидно, что нарушение может быть необходимым условием убытков, но далеко не всегда оно является достаточным условием для возникновения таких убытков. На возникновение убытков могут оказывать влияние множество иных обстоятельств, которые имели место до нарушения или произошли после (обстоятельств, характеризующих пострадавшего, особенности его деятельности, предшествующие или последующие случайности и др.).

Что касается «после», то следует отметить следующее. Любое действие или бездействие порождает сколь угодно длинные причинно-следственные цепочки и отдаленные последствия. Поэтому необходимо удостовериться в том, что справедливо и целесообразно взыскать убытки, которые находятся в объективной причинно-следственной связи с правонарушением, и переносить на нарушителя все такие риски. Так, например, сбой в работе поставленного на автомобильный завод оборудования может привести к простоя сборочного конвейера и упущенной выгоде завода, штрафам, наложенным покупателями на завод в связи с неспособностью вовремя отгрузить автомобили, включению завода в черный список поставщиков, упущенной выгоде от невозможности сбыта своей продукции по госзаказу и упущенной выгоде в результате потери рынка госзаказа, последнее же — к снижению доступных финансовых ресурсов и падению инвестиций в переоборудование, а это, в свою очередь, — к утрате конкурентного потенциала и на рынке частного заказа и т.п. Даже самые отдаленные негативные последствия нарушения объективно могли бы не возникнуть, не будь договор нарушен. Речь идет о так называемом эффекте бабочки. Но означает ли это, что все такие убытки кредитор вправе взыскать с должника? Очевидно, что должен быть установлен какой-либо предел, найден баланс интересов сторон, иначе экономическая или любая иная деятельность становилась бы непредсказуемо рискованной.

Другой пример: поставщик задержал отгрузку товара на запланированный авиарейс, и груз после загрузки на борт и перехода рисков на покупателя улетел следующим рейсом, который закончился авиакатастрофой. Очевидно, что, если бы поставщик осуществил своевременную доставку, убытки от утраты груза не возникли бы, но справедливо ли возлагать на поставщика риск гибели товара в пути?

Очевидно, в подобных ситуациях следует отличать такие убытки, которые справедливо взыскивать, от таких, которые слишком отдалены

и обусловлены рядом дополнительных необходимых обстоятельств. Сказать, что взыскиваются только такие убытки, для которых нарушение было не только необходимым, но и достаточным условием, невозможно, так как это исключит взыскание большинства убытков, поскольку чаще всего у возникающих убытков имеются и дополнительные условия возникновения. Если в результате просрочки выполнения работ субподрядчиком генподрядчик понес убытки в виде штрафов, взысканных с него заказчиком, эти убытки не возникли бы, если бы в договоре генподрядчика и заказчика не была согласована такая неустойка и если бы заказчик не проявил принципиальность и не потребовал погашения таких штрафов. Примеры можно продолжать.

Эта проблема именуется нередко проблемой ограничения взыскания отдаленных убытков.

Что же касается тех специфических обстоятельств, которые имели место *до нарушения*, но без которых нарушение не привело бы к убыткам, то их полное игнорирование также не всегда справедливо. Даже если убытки являются непосредственной, необходимой и достаточной причиной убытков, поскольку без такого нарушения некие ранее имевшие место предпосылки не привели бы к убыткам, тип и размер последних в силу этих предшествующих специфических обстоятельств могут быть настолько необычными и высокими, что нарушитель просто не был в состоянии представить себе столь драматические последствия своего нарушения. Это может провоцировать сомнения в справедливости возложения риска возникновения таких убытков на нарушителя. Например, представим, что из-за нарушения субарендатора в отношении порядка использования предмета аренды арендатор допустил нарушение своих обязательств перед арендодателем; при этом к данному моменту арендатор и вне всякой связи с деятельностью субарендатора уже допустил четыре похожих нарушения, но после этого пятого арендодатель потерял терпение и воспользовался своим правом на отказ от договора, которое было обусловлено в контракте пятью нарушениями порядка использования имущества. Объективно это пятое для арендатора и первое для субарендатора нарушение порядка использования имущества спровоцировало расторжение договора аренды и, возможно, колоссальные убытки для арендатора, но трудно отрешиться от того, что такая бизнес-катастрофа не произошла бы, если бы ранее без участия субарендатора не накопился определенный фактический состав. Или представим ту же ситуацию с субарендой, но с той особенностью, что это было разовое нарушение как для субарендатора, так и для арендатора, однако арендодатель тем не менее расторг договор аренды, поскольку в последнем было согласо-

вано такое неожиданное условие, как право на расторжение договора по причине хотя бы и разового нарушения условий использования имущества. Да, убытки здесь находятся в объективной причинной связи с нарушением договора субарендатором, но эти убытки не произошли бы, не согласуй ранее арендатор с арендодателем столь нестандартно жесткое условие о расторжении договора.

К сожалению, в российском праве до сих пор ясной доктрины на сей счет не сложилось. В некоторых странах для отсеечения слишком отдаленных убытков в рамках ответственности за нарушение договора учитывается предвидимость убытков нарушителем на момент заключения договора. Те убытки, которые хотя и находятся в объективной связи с нарушением, но настолько отдалены или просто необычны, что разумное лицо на месте должника с учетом доступной ему информации не предвидело бы такие драматические последствия возможного нарушения в момент заключения договора, не взыскиваются. Этот критерий был на основе интерпретации источников римского права предложен французскими цивилистами XVI–XVIII вв. (в первую очередь Дюмуленом и Потье), под влиянием их работ закреплён в ГК Франции, а затем после перевода работ Потье на английский язык был в XIX в. реципирован английским правом и правом штатов США. Сейчас этот подход закреплён в международных актах унификации частного права (ст. 7.4.4 Принципов УНИДРУА, ст. III.–3:703 Модельных правил европейского частного права, ст. 74 Венской конвенции 1980 г.). При этом если французское право исключает применение данного ограничения ответственности на случай умысла, то право английское такого исключения не делает. Доминирующее воззрение исходит из того, что предвидеться должен не только тип убытков, но и их примерный размер.

Такое правило защищает должника от необычно высоких убытков, о риске которых в случае своего нарушения он не знал и не мог знать при заключении договора, и тем самым стимулирует кредитора раскрывать такие нестандартные риски при заключении договора, дабы должник мог адекватно оценить риски вступления в контракт, выбрать адекватный данным высоким рискам уровень мер заботливости и усилий по обеспечению надлежащего исполнения, а также отразить эти повышенные усилия в цене договора.

Определенная логика в реализации такого решения имеется, но у него есть и ряд недостатков. Особенно остро стоит проблема применения данного подхода к ситуациям заключения долгосрочного договора, когда еще сам кредитор в момент заключения договора мог не знать о необычно высоких убытках, которые могут у него возник-

нуть в случае нарушения. Если же он, узнав об этом после заключения договора, немедленно предупреждает о таких рисках должника, это не повлияет на шансы взыскать убытки, поскольку предвидимость определяется на момент заключения договора. С другой стороны, можно понять и должника, который в обратном случае должен был прилагать более серьезный уровень усилий для избегания нарушения, чем он планировал при заключении договора, но скорректировать цену он уже не сможет. Есть и ряд иных проблемных вопросов, активно обсуждаемых в зарубежном праве.

В качестве альтернативной модели ограничения объема взыскиваемых убытков в некоторых правовых порядках используется доктрина адекватной причинности (например, Германия), которая также ориентируется на то, какие убытки могут считаться естественным и прогнозируемым последствием нарушения с позиции опытного стороннего наблюдателя (и в этом очень похожа на франко-английскую предвидимость), но оценивает эту прогнозируемость и обычность не на момент заключения договора, а на момент его нарушения. Необычные и не предвидимые на момент нарушения убытки, таким образом, возмещению не подлежат, даже если они находятся в объективной причинно-следственной связи с нарушением.

У каждой из указанных моделей имеются свои преимущества и недостатки. Пока нет признаков того, что российское право выбрало какой-то из этих вариантов решения проблемы в контексте договорной ответственности. Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 5) говорит лишь о том, что типичность возникающих убытков презюмирует наличие причинной связи, но не уточняет, что нетипичность убытков исключает их взыскание при наличии доказательств объективной причинности.

Некий намек на критерий адекватной причинности можно обнаружить в п. 2 комментируемой статьи в контексте упущенной выгоды. Здесь говорится, что в качестве таковой взыскиваются «неполученные доходы, которые это лицо получило бы *при обычных условиях* гражданского оборота» (курсив наш. — А.К, В.Б). Можно попытаться интерпретировать эту норму таким образом, что упущенная выгода, которая носит необычно высокий характер и не возникла бы при обычных условиях, взысканию не подлежит. Но пока однозначной практики ВАС РФ или ВС РФ, которая закрепила бы именно такое понимание данной нормы в качестве ограничителя сумм взыскиваемых убытков, нет. Если практика пойдет по этому пути, следует учесть, что обычность должна определяться через призму восприятия разумного лица на месте правонарушителя с учетом доступной правонаруши-

телю информации о пострадавшем и возможных убытках на момент правонарушения (если практика не сделает выбор в пользу момента заключения договора, реализуя модель предвидимости убытков). Учет горизонта знаний разумного лица, имеющего тот же уровень знаний, что и правонарушитель, должен позволять взыскивать и необычно высокую упущенную выгоду, если у правонарушителя имелись основания предполагать такие последствия. Впрочем, фразу об «обычных условиях оборота» можно толковать и иначе, видя в ней намек не на некое ограничение ответственности при взыскании упущенной выгоды, а на применимый стандарт доказывания при возмещении будущих выпадающих доходов.

До тех пор пока ясность в вопросе об ограничении объема ответственности по линии отдаленности (и в частности, в вопросе о выборе момента определения предвидимости) в российском праве не наступила, при проведении черты, за которой возникающие убытки являются не подлежащими вменению нарушителю и возмещению, суды полагаются на свое ощущение справедливости и здравого смысла.

Не менее остро стоит тот же вопрос и в деликтном праве, где применение критерия предвидимости в его классическом виде, с определением горизонта предвидимости на момент заключения договора, в большинстве случаев (за рамками ответственности за вред имуществу и личности потребителя в связи с дефектами в товаре) невозможно, но критерий адекватной причинности, оценивающий типичность и предсказуемость возникших убытков в глазах опытного наблюдателя на момент правонарушения, вполне может обсуждаться.

Пока же здесь у судов имеется колоссальная свобода как минимум в контексте проблемы отдаленности убытков. Когда они чувствуют, что убытки вменять нарушителю несправедливо в силу их отдаленности или необычности, они заявляют, что убытки носят не прямой, а косвенный характер, и, произнося эту загадочную фразу, лишенную по большому счету смысла, тем самым прикрывают свое решение ограничить объем ответственности.

Стоит также отметить, что сформулировать четкую формулу ограничения уровня вменности убытков (тест на юридическую причинность) не представляется возможным, так как здесь подлежит учету множество обстоятельств. Например, как представляется, неминуемо приобретает значение степень вины правонарушителя: очевидно, что было бы справедливо указанную планку отсечения не подлежащих вменению правонарушителю убытков устанавливать выше при умысле, чем при простой неосторожности или при отсутствии вины (когда ответственность носит безвиновный характер). Это обстоятельство учитывается



во многих странах при применении теста на предвидимость. Также нельзя игнорировать и характер того права и той нормы закона, которые были нарушены: например, чувство справедливости может вызывать к тому, чтобы «планка вменности» оказывалась выше при причинении вреда здоровью, чем при причинении чисто имущественных потерь. Кроме того, можно обсуждать тезис о том, что данная планка может быть ниже в тех случаях, когда речь идет о возмещении убытков при совершении правомерного действия (например, при причинении вреда в ситуации крайней необходимости). При таком решении факторы предвидимости убытков на момент заключения договора (или на момент нарушения) оказываются элементами многофакторного и комплексного теста на справедливость вменения. Впрочем, этот вопрос требует дополнительной проработки.

### **2.7. Компенсация за утраченный шанс**

Допустимость присуждения компенсации даже в тех случаях, когда размер убытков не доказан с разумной степенью достоверности, а также применение критерия разумной степени достоверности к доказыванию причинно-следственной связи создают ранее неизвестную нашему праву возможность взыскания убытков от потери благоприятной возможности (шанса). Такая компенсация признается в целом ряде авторитетных международных правовых источников (см., например, п. 2 ст. 7.4.3 Принципов УНИДРУА, согласно которому «[к]омпенсации может подлежать утрата благоприятной возможности (шанса) пропорционально вероятности ее возникновения») и праве ряда зарубежных стран, но отвергается в целом ряде правовых порядков.

Данная ситуация характеризуется следующими особенностями:

1) потери пострадавшего заключаются в том, что вследствие нарушения его прав ответчиком он лишился шанса получить некую выгоду; 2) получение выгоды зависело от ряда дополнительных обстоятельств, которые могли произойти или не произойти с определенной вероятностью; 3) в отличие от обычных убытков в виде упущенной выгоды, вероятность реализации шанса была меньше предписываемой обычным гражданским стандартом доказывания, при достижении которой можно взыскать весь размер такой выгоды (например, у истца был один шанс из пяти, т.е. вероятность 20%). В такой ситуации размер компенсации определяется пропорционально шансу: если возможная выгода равна 100 тыс. руб., а кредитор упускает в связи с правонарушением шанс получить эту выгоду в 20%, то компенсация составляет 20% от ожидаемой выгоды, т.е. 20 тыс. руб.

Суть этого подхода в том, что в тех ситуациях, когда вероятность возникновения выгоды, об утрате которой заявляет истец и возместить

которую он требует, ниже той, при которой можно было бы признать стандарт доказывания причинно-следственной связи и размера убытков соблюденным и взыскать всю такую выгоду, но достаточно существенна (например, выше 20%), суд, вместо того чтобы отказывать в присуждении всей выгоды и применять принцип «все или ничего», присуждает ту часть соответствующей выгоды, которая пропорциональна примерно определяемому проценту вероятности ее получения при отсутствии нарушения.

Проиллюстрируем это на примере. Должник обязан изготовить для кредитора проектную документацию, которую кредитор намерен представить для участия в закрытом конкурсе. На основе статистики участия этого кредитора в подобных конкурсах можно определить, что его шанс на то, что конкурсная комиссия выберет именно его проект, примерно равен 25%. Должник допускает просрочку в предоставлении проектной документации, в результате чего кредитор не принимает участия в торгах и лишается шанса заключить выгодный контракт. В данной ситуации убытки в виде утраты шанса налицо, однако кредитор не в состоянии доказать их размер даже с разумной степенью достоверности, поскольку невозможно определенно утверждать, что он непременно или с высокой степенью вероятности выиграл бы конкурс. В таком случае, руководствуясь правилом расчета убытков *ex aequo et bono*, суд должен самостоятельно определить размер компенсации, которую он считает справедливой и соответствующей последствиям нарушения. Одним из критериев определения соразмерной компенсации как раз и может послужить известный в международной практике процент вероятности реализации шанса. Так, например, если прибыль от реализации контракта в случае выигрыша конкурса могла составить 100 млн руб., с учетом 25%-й вероятности победы кредитора на конкурсе выплате ему подлежат 25 млн руб.

Другой пример: из-за некачественного оказания услуг юристом была пропущена исковая давность по иску, готовить, подать и сопровождать который данный юрист обязался. Как оценить убытки клиента? Последний утратил шанс выиграть дело, скажем, на 1 млн руб. Если дело выглядело как беспорное, а ответчик был платежеспособен, упущенная выгода устанавливается достаточно легко: это сумма иска (возможно, за вычетом некоторых незначительных расходов, которые клиент не понес из-за неподачи иска, но понес бы, если бы такой иск рассматривался, и, скорее всего, не смог бы возместить за счет ответчика). Но что, если дело отнюдь не беспорное, и вероятность его разрешения в пользу истца на первый взгляд примерно равна 50%? Этого уровня вероятности может оказаться недостаточно в глазах суда

для признания стандарта доказывания соблюденным, но вместо того чтобы отказать в иске из-за недоказанности размера убытков, суд может взыскать с юриста 50% от того самого 1 млн руб.

Могут аналогичные примеры возникать и в области деликтного права.

Впрочем, следует признать, что известных авторам примеров применения этого подхода в российской судебной практике нет.

### **2.8. Инфляционный компонент убытков**

Одним из проблематичных вопросов применения принципа полного возмещения убытков является учет инфляционных процессов. Если девальвация приводит к падению внешней ценности денег, то инфляция снижает внутреннюю ценность денег. В условиях волатильности финансового рынка и относительно высоких темпов инфляции эта проблема стоит особенно остро.

Главный вопрос, который здесь возникает, состоит в том, что, с одной стороны, просрочка в погашении денежного долга влечет падение ценности денег, и это однозначно убытки, которые должны возмещаться, но, с другой стороны, в российском гражданском праве господствует так называемый принцип номинализма, согласно которому денежное обязательство, выраженное в определенной сумме денежных единиц, остается неизменным по своей сумме, несмотря на изменения в покупательной силе денежной единицы, в которой исчислена сумма денежного долга. Проблема решается во всех правопорядках за счет процентов за просрочку платежа, одна из функций которой состоит в том, чтобы возместить кредитору инфляционные потери. Поэтому, как представляется, взыскание каких-либо убытков от инфляции можно помыслить в ситуации взыскания основного денежного долга, только если коэффициент инфляции выше, чем уровень ключевой ставки ЦБ РФ, по которой рассчитываются проценты за просрочку по ст. 395 ГК РФ. Это маловероятно.

Но если в договоре согласованы пени на уровне ниже ключевой ставки, и при этом исключительный характер неустойки не оговорен, вопрос о возможности взыскания инфляционных потерь, не покрываемых этими штрафными санкциями, в составе убытков встает в полный рост.

В судебной практике высших судов есть примеры того, что суд в ситуации, когда применение ст. 395 ГК РФ ему казалось формально невозможным, определял размер убытков, возникших в связи с перечислением денег, на основании ключевой ставки ЦБ РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 октября 2011 г. № 5558/11). Здесь ВАС РФ прямо указал, что ключевая ставка ЦБ РФ является

минимальным уровнем убытков лица, которому не были перечислены вовремя деньги.

Впрочем, здесь следует иметь в виду, что учет ключевой ставки ЦБ РФ не вполне точно отражает уровень инфляции, поскольку такая ставка в последние годы, как правило, выше официального уровня инфляции. Если в договоре согласованы пени, расчет которых приводит к сумме меньшей, чем причиталась бы кредитору при начислении процентов годовых по ст. 395 ГК РФ, кредитор не вправе отринуть применение неустойки и потребовать взыскания процентов по ключевой ставке, как то прямо следует из п. 4 ст. 395 ГК РФ. Возникало бы явное противоречие смыслу закона, если бы кредитор мог взыскать разницу между суммой пеней и суммой, которая образовалась бы путем применения процентов по ключевой ставке в качестве убытков. Но если образовавшаяся в связи с просрочкой в оплате сумма пеней оказывается меньше уровня инфляционных потерь (определяемых с учетом коэффициента инфляции), взыскание разницы в виде убытков вполне возможно.

Другой пример: суды считают, что отношения по выплате пенсии не регулируются гражданским законодательством, но при взыскании не выплаченной вовремя пенсии возможно взыскание убытков по ст. 15 ГК РФ, а размер убытков может рассчитываться за счет применения коэффициента инфляции (Определение СКГД ВС РФ от 6 июля 2007 г. № 41-В07-25).

Возникает вопрос об инфляционных потерях и в связи с тем, что российская судебная практика пока не допускает начисление процентов годовых на суммы возникших убытков с момента их возникновения и до момента вступления в силу решения суда об их взыскании; это приводит к тому, что в течение данного временного разрыва могут возникнуть инфляционные потери. Выходом является либо смещение начала начисления процентов к дате возникновения убытков или дате предъявления нарушителю расчета убытков с требованием их погашения (см. подробнее п. 1.17 комментария к настоящей статье), либо добавление к сумме доказанных убытков инфляционных потерь за период с момента возникновения убытков до момента их присуждения.

Как представляется, в описанных ситуациях взыскание инфляционных потерь возможно.

В ряде случаев инфляционный фактор прямо учитывается законом. Так, при срыве договора по вине одной из сторон определение убытков может быть основано на учете понесенных или потенциальных издержек, основанных на выросших с момента заключения договора ценах, что приводит к учету инфляционного фактора. Напри-

мер, с этим мы можем столкнуться при расчете абстрактных убытков от прекращения договора (п. 2 ст. 393.1 ГК РФ). Представим себе, что покупатель заключил договор поставки, но вынужден был отказаться от него вследствие длительной просрочки исполнения со стороны поставщика. За период просрочки рыночные условия могли существенно измениться, вследствие чего на момент прекращения нарушенного договора покупателю может потребоваться значительно большая сумма для приобретения аналогичного количества товара у альтернативных поставщиков. Пункт 2 ст. 393.1 ГК РФ позволяет взыскать эту ценовую разницу, которая, без сомнения, включает в себя инфляционный компонент. Аналогичную ситуацию мы можем наблюдать в следующей ситуации: закон позволяет заказчику, столкнувшемуся с нарушением исполнителем обязательства по оказанию услуг, привлечь иных исполнителей и взыскать с нарушителя свои понесенные расходы. Если в силу инфляционных процессов эти расходы окажутся больше, чем изначально заложенные в нарушенном договоре, то и такой инфляционный компонент убытков будет включен в общий объем компенсации. Наконец, следует учитывать, что при расчете компенсации за нарушение обязательства суд согласно п. 3 ст. 393 ГК РФ принимает во внимание цены, которые существовали в день предъявления иска (или вынесения решения). Эта норма также позволяет учесть в составе компенсации те инфляционные потери, которые кредитор понес с момента нарушения вплоть до момента вынесения судебного акта. Таким образом, в целом учет инфляционного компонента в составе убытков представляется вполне допустимым и совместимым с принципом полного возмещения убытков.

Но фактор инфляции может учитываться и в ином ракурсе. Когда пострадавшему присуждают выпадающие будущие доходы в составе упущенной выгоды, он здесь и сейчас (при условии исполнения решения суда без задержек) получает суммы дохода, которые он рассчитывал получить, возможно, намного позднее. При этом с учетом инфляции те будущие доходы имели бы меньшую покупательную способность. Игнорирование данного фактора может приводить к получению кредитором чистого выигрыша в результате присуждения убытков. Например, при расторжении долгосрочного договора аренды из-за нарушений, допущенных арендатором, арендодатель может потребовать возмещения убытков по правилам расчета конкретной ценовой разницы (ст. 393.1 ГК РФ), заключив после расторжения заменяющую сделку с другим арендатором: если цена заменяющей сделки окажется меньше, это будет означать, что в течение того периода, в который действовал бы прежний договор с более высокой ценой, арендодатель

вынужден получать меньшую цену от нового арендатора. Представим, что данный период составляет восемь лет, а разница в ценах составляет 10 тыс. руб. за квадратный метр в год. 10 тыс. руб. разницы при аренде площади в 1 тыс. кв. м приводит к упущенной выгоде в размере 80 млн руб. (10 тыс. руб.  $\times$  1 тыс. кв. м  $\times$  8 лет). Но соответствующие суммы арендодатель недополучает не здесь и сейчас, а постепенно в течение восьми лет. За эти годы часть из данной суммы будет «сожжена» инфляцией, поэтому присуждение всех 80 млн руб. здесь и сейчас избавляет арендодателя от этих неминуемых инфляционных потерь и приводит к тому, что он немедленно получает капитализированную сумму будущих выпадающих доходов, т.е. происходит сверхкомпенсация.

Это может подталкивать к дисконтированию присуждаемых сумм будущих доходов на коэффициент ожидаемой инфляции. Здесь возникает проблема, схожая с вопросом о зачете выгод к убыткам (*compensatio lucri cum damno*), о котором речь шла в п. 1.8 комментария к настоящей статье. Сложность состоит в том, что при присуждении будущих доходов трудно определить, какова будет инфляция в предстоящие периоды. Здесь мы сталкиваемся с выбором: либо учесть уровень инфляции, существующий на момент присуждения, или уровень прогнозируемой инфляции, либо проигнорировать этот фактор, не производить дисконтирование и допустить неминуемую сверхкомпенсацию. Первое решение с учетом п. 3 ст. 393 ГК РФ кажется предпочтительным.

Как представляется, в контексте причинения вреда здоровью или жизни человека такое дисконтирование будущих выпадающих доходов в связи с потерей трудоспособности, когда они взыскиваются в капитализированном виде (как фиксированная сумма) на будущее в порядке п. 1 ст. 1092 и ст. 1093 ГК РФ производить не следует. Ведь при возмещении вреда в связи с утратой трудоспособности крайне значимым фактором является недокомпенсация, связанная с тем, что при определении размера возмещения учитываются прошлые доходы (ст. 1086 ГК РФ), которые проецируются на будущее, и не учитывается вполне ожидаемый рост доходов, который, вполне возможно, имел бы место, не потеряй человек трудоспособность. В такой ситуации проявление неоправданной щепетильности в контексте недопущения малейшей сверхкомпенсации посредством дисконтирования присуждаемых сейчас будущих выпадающих доходов на коэффициент ожидаемой инфляции несправедливо.

Вопрос же о целесообразности дисконтирования в контексте взыскания будущих выпадающих доходов при причинении вреда имуществу или нарушении договорных обязательств более спорный. Пока

однозначной практики высших судов на сей счет в Российской Федерации нет.

Все вышесказанное с необходимыми адаптациями применимо и к случаям присуждения будущих расходов (например, когда в вышеприведенном примере с арендой договор нарушен арендодателем, расторгнут арендатором, который впоследствии заключил замещающую сделку по более высокой цене и вынужден в течение длительного срока по новому договору платить больше, чем он должен был платить по расторгнутому договору).

### ***2.9. Валюта обязательства по возмещению убытков и проблема волатильности курсовой конъюнктуры***

Обязательство по возмещению убытков носит денежный характер. По умолчанию денежные обязательства между резидентами РФ номинируются и погашаются в российских рублях (ст. 140, 317 ГК РФ). Расчеты между резидентами в иностранной валюте допускаются только в случаях, специально предусмотренных в законе; при этом Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» таких исключений для обязательств по возмещению убытков не содержит. Соответственно, требования о возмещении убытков одного российского резидента к другому должны быть выражены в рублях. Из этого следует, что даже если лицо в связи с нарушением своего права или наступлением иных обстоятельств, дающих ему право на возмещение убытков, понесло расходы в иностранной валюте (например, экспортер в связи с непоставкой ему российским производителем продукции сорвал сроки экспортной поставки данной продукции иностранному конечному покупателю и выплатил такому покупателю штраф в иностранной валюте) или упустило возможность получить некий валютный доход, вправе рассчитывать на получение от ответчика не иностранной валюты, а рублей.

Здесь возникает вопрос о том, по какому курсу осуществлять пересчет валютных расходов или упускаемых валютных доходов в рубли. Как представляется, оптимальным решением здесь было бы взыскание соответствующей суммы иностранной валюты с пересчетом в рубли на момент исполнения судебного решения. Это позволит истцу минимизировать риски курсовых колебаний.

Но логично допускать и возможность пересчета сумм убытков в рубли по курсу на момент подачи иска и заявления иска о взыскании убытков в рублях. Если впоследствии курс иностранной валюты вырастает, истец, подав иск в рублях, вредит лишь своим интересам, на что он имеет полное право; если же курс иностранной валюты падает,

то это невыгодно ответчику, но его интерес в выигрыше от падения курса иностранной валюты вряд ли заслуживает защиты с учетом того, что он уже нарушил право истца и у того убытки уже возникли.

Несколько другая ситуация возникает в тех случаях, когда обязательственное правоотношение по возмещению убытков связывает резидента и нерезидента. Здесь ст. 6 Закона о валютном регулировании и валютном контроле допускает расчеты в иностранной валюте. Соответственно, теоретически мыслимо погашение убытков, возникших изначально в валюте, в той же иностранной валюте. Согласно абзацу первому п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «[т]ребование о взыскании денежных средств в иностранной валюте, выступающей валютой платежа, подлежит удовлетворению, если будет установлено, что в соответствии с законодательством, действующим на момент вынесения решения, денежное обязательство может быть исполнено в этой валюте (статья 140 и пункты 1 и 3 статьи 317 ГК РФ)»; в этом случае «[в]зыскиваемые суммы указываются в резолютивной части решения суда в иностранной валюте». Если у ответчика нет валютных счетов, пристав-исполнитель будет обращать взыскание на денежные средства на рублевых счетах ответчика или иное его имущество.

Как представляется, в контексте договорных споров валюта, в которой погашаются убытки, должна соответствовать той валюте, в которой стороны правомерно договорились производить расчеты по договору. Если сами убытки возникли в виде расходов или упускаемой выгоды в иной валюте, такие убытки должны быть пересчитаны по соответствующему курсу в валюту договора. Вопрос о моменте определения курса пересчета должен здесь решаться на основе того же правила, которое применимо к пересчету валютных убытков в рублевое притяжание по их возмещению.

Более спорным может быть вопрос об определении валюты платежа по обязательству возместить убытки, возникшие в связи с деликтом, в рамках которого либо кредитор, либо должник не является резидентом РФ (например, если иностранный гражданин на территории РФ пострадал в результате деликта по вине россиянина, понес расходы на лечение за границей в иностранной валюте и требует в российском суде от делинквента погашения убытков). Как представляется, здесь логично допускать взыскание в качестве убытков соответствующей суммы в той иностранной валюте, в которой они были понесены. Ведь расчеты с участием нерезидентов могут осуществляться в иностранной валюте. Этот подход находит отражение и в ст. III.–3:713 Модельных правил европейского частного права, согласно которой «[у]бытки



исчисляются в той валюте, которая в наибольшей степени отражает ущерб, понесенный кредитором».

Если убытки возникли в рублях и подлежат возмещению в рублях, колебания курса рубля по отношению к той или иной иностранной валюте (т.е. внешней ценности денег) значения не имеют в силу. Падение курса рубля само по себе не приводит к росту объема денежного обязательства по возмещению убытков. Равным образом и при непогашении основного рублевого долга падение курса рубля само по себе не означает возникновение у кредитора убытков от девальвации рубля. Обратное можно помыслить, если будет доказано, что кредитор с большой вероятностью перевел бы рублевые средства в счет погашения долга или возмещения убытков, если бы он получил их своевременно, в иностранную валюту и не понес бы финансовые потери от девальвации рубля (например, когда кредитор — это иностранная компания или дочернее предприятие иностранной компании и держит свободные денежные остатки в иностранной валюте).

Особая ситуация может иметь место в случае наличия в договоре валютной оговорки (ст. 317 ГК РФ), согласно которой размер денежного долга определяется через указание на ту или иную сумму иностранной валюты, но платежи предполагаются в рублях с пересчетом по тому или иному курсу (по умолчанию в силу ст. 317 ГК РФ это курс ЦБ РФ на момент платежа). Такая оговорка защищает кредитора от девальвации рубля в отношении основного денежного обязательства, но не означает ли наличие такой оговорки в контракте, что она применима к любым расчетам по договору, и в том числе к возмещению убытков? Теоретически мыслима такая конструкция, в рамках которой изначально понесенные в рублях убытки переводятся в валютный эквивалент по курсу их возникновения, а далее должник обязан погасить убытки в размере, соответствующем этой валютной сумме, с пересчетом в рубль по курсу на момент платежа. Но вряд ли ее можно подразумевать. Такая сложная конструкция, видимо, вполне законна в тех случаях, когда стороны ее прямо согласовали. Но при отсутствии такой расширенной валютной оговорки, охватывающей не только уплату цены договора, но и обязательства по возмещению убытков, вряд ли эта конструкция может применяться.

Сложнее выглядит ситуация, когда при наличии в договоре валютной оговорки убытки взыскиваются, что называется, на будущее время. Например, долгосрочный договор аренды, содержащий валютную оговорку, прекращен вследствие нарушений арендатором обязательства по уплате арендной платы. В связи с этим арендодатель в силу ст. 393.1 ГК РФ может требовать возмещения либо ценовой разницы

между прекращенным договором и замещающим договором аренды (п. 1 ст. 393.1 ГК РФ), либо разницы в цене прекращенного договора аренды и текущими арендными ставками в отношении аналогичных объектов (п. 2 ст. 393.1 ГК РФ). Какой же валютный курс в данном случае использовать при расчете компенсации за неосуществившееся пользование и владение арендованным имуществом за годы вперед? Определение этого курса необходимо, поскольку образовавшаяся конкретная или абстрактная ценовая разница номинируется в иностранной валюте, но погашаться должна в рублях, и при этом мы не знаем, какой курс будет в будущем на даты, когда арендатор вносил бы соответствующие платежи в счет арендной платы, если бы договор не был расторгнут, а следовательно, мы точно не можем определить, каков рублевый размер возникающих убытков, так как неизвестно, какой курс будет иметь место на соответствующие даты в будущем.

Здесь возможны, например, следующие решения: 1) курс на дату заключения замещающего договора аренды (если он был заключен); 2) курс на дату прекращения нарушенного договора (если взыскиваются убытки на основании п. 2 ст. 393.1 ГК РФ, определенные на основе абстрактной разницы между ставкой прекращенного договора аренды и среднерыночными ставками); 3) курс на дату присуждения убытков.

Представляется, что главным ориентиром для суда при определении размера компенсации является принцип полного возмещения убытков. Если абсолютно точно подсчитать позитивный интерес затруднительно, следует приближаться к искомой точности настолько, насколько это представляется возможным. Курсовая разница в составе убытков должна быть определена так, чтобы кредитор, получив эту компенсацию, оказался в положении, ближайшем к тому, в каком он находился бы, если бы прежний договор не был нарушен и исполнялся надлежащим образом. Понять, какой курс будет в будущем, после присуждения убытков, невозможно. Поэтому здесь, видимо, логично взять за основу средневзвешенный курс соответствующей валюты за период с момента расторжения до момента присуждения убытков, дабы, насколько это возможно, исключить фактор случайных краткосрочных взлетов или падений курса на дату расторжения, заключения заменяющей сделки или присуждения убытков.

Впрочем, все эти вопросы однозначного решения в российской судебной практике пока не имеют и заслуживают специального исследования.

Если в договоре имеется валютная оговорка, нарушитель договора не может извлекать выгоду из факта выгодного колебания курса в свою пользу в период просрочки. Если, например, курс иностран-

ной валюты в период просрочки падает, должник не может рассчитывать на оплату долга по курсу на момент платежа по общему правилу ст. 317 ГК РФ и выиграть от падения курса в этот период; в такой ситуации он должен платить по курсу на момент начала просрочки. Если должник по денежному обязательству был вынужден заплатить позже, чем та дата, в которую он планировал платить, по причине просрочки кредитора (например, уклонения от получения платежа) или неисполнения кредитором своего встречного предшествующего исполнения, к которому был привязан срок платежа (например, при просрочке поставщика в поставке товара и смещении срока платежа, который по условиям договора должен был производиться после поставки), и в период образовавшейся вынужденной задержки курс иностранной валюты вырос, должнику надлежит платить долг по курсу, который был на момент, в который платеж должен был быть внесен, если бы кредитор вел себя корректно, а не на момент платежа. Кредитор не может своими неправомерными действиями создать такую ситуацию, в которой валютная оговорка приведет к возрастанию рублевого эквивалента долга. Эта очевидная идея вытекает из правила п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать преимущества из своего неправомерного поведения, и находит поддержку в судебной практике (Определение СКГД ВС РФ от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117). Ее можно обосновать через доктрину убытков, но логичнее и проще просто выводить данное правило из п. 4 ст. 1 ГК РФ. Пункт 3 ст. III.–2:109 Модельных правил европейского частного права решает первую из указанных проблем (падение курса в период просрочки должника), просто давая кредитору право выбора требовать оплаты либо по курсу на момент наступления срока платежа, либо по курсу на момент фактического платежа.

#### ***2.10. Уточнение методики определения убытков в законе или договоре***

В ряде случаев для отдельных случаев закон или принятое в рамках делегированного правотворчества постановление Правительства РФ могут устанавливать специальные правила расчета убытков. Например, гл. 59 ГК РФ предусматривает подробные правила расчета убытков в связи с потерей кормильца (ст. 1088 и 1089 ГК РФ).

Постановление Правительства РФ от 7 мая 2003 г. № 262 утвердило правила возмещения собственникам земельных участков, землепользователям, землевладельцам и арендаторам земельных участков убытков, причиненных временным занятием земельных участков, ограничением прав собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков либо ухудшением качества земель в результате деятельности других лиц. В развитие этого

Постановления Приказом Минэкономразвития России от 14 января 2016 г. № 10 утверждены соответствующие методические рекомендации расчета убытков.

Также нельзя не упомянуть Временную методику определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28 декабря 1990 г. № С-12/НА-225). Данная методика определяет ряд нюансов определения убытков при нарушении обязательств, но также указывает на возможность применения содержащихся в ней правил и к деликтной ответственности. Отдельные фрагменты этой методики потеряли свою актуальность в свете перехода к рыночной экономике (например, отсылки к плановым показателям), но в остальной части ее положения могут применяться как имеющие рекомендательное значение. Признать за этим документом значение нормативного правового акта не следует.

Рекомендации по расчету и доказыванию убытков при нарушении антимонопольного законодательства закреплены в разъяснении Президиума ФАС России от 11 октября 2017 г. № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства».

Могут ли уточнить порядок расчета убытков (на случай нарушения договорного обязательства или выявления ложности договорных заверений) сами стороны в своем соглашении? Например, продавец и покупатель акций могут согласовать в договоре, что если после переоформления акций на покупателя выяснится, что у компании, контрольный пакет акций которой продавец продает, обнаружится налоговая задолженность за период до переоформления акций, об отсутствии которой продавец заверил покупателя в списке договорных заверений, то убытки покупателя будут определяться по следующей формуле: сумма выявленной и погашенной обществом налоговой задолженности, умноженная на процент акций, которые были приобретены у продавца.

Как представляется, принцип свободы договора это допускает. Если сама формула расчета убытков выглядит экономически оправданно и справедливо (как в вышеприведенном случае) и просто помогает судам и самим сторонам нащупать ту модель расчета убытков, которая наиболее экономически и этически адекватна, судам следует взыскивать убытки, рассчитанные по согласованной формуле. Некоторые подтверждения тому можно обнаружить и в законе (согласно п. 3 ст. 393 ГК РФ сторонам договора прямо предоставляется возможность отступить от общего правила, определяющего место и момент фикса-

ции цен, учитываемых при определении размера убытков), и в судебной практике (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 сентября 2009 г. № 4762/09).

В то же время здесь возникает сложный вопрос дифференциальной квалификации. Если применение установленной сторонами формулы убытков будет приводить к сумме, которая заведомо ниже действительных убытков (т.е. фиксировать заведомую недокомпенсацию), в пору говорить о согласовании в договоре механизма ограничения договорной ответственности, что, в принципе, возможно с точки зрения правил ст. 15 и 400 ГК РФ, но здесь применимы те ограничения, которые были упомянуты в п. 1.11 комментария к настоящей статье (например, в отношении умышленного нарушения). Если же согласованный расчет приводит к сумме, которая значительно выше реального размера убытков (т.е. фиксирует заведомую сверхкомпенсацию), это также законно, но здесь следует говорить о своеобразном варианте согласования договорной неустойки, и, соответственно, мыслимо применение правил о неустойке (в том числе ст. 333 ГК РФ). Например, если в вышеуказанном примере с акциями продавался пакет акций в размере 51%, а согласованная формула не содержала поправку на этот факт и предписывала взыскать с продавца в пользу покупателя всю вскрытую и погашенную налоговую задолженность общества, есть все основания говорить о согласовании сторонами сверхкомпенсационного взыскания. Последнее вполне возможно, но именуется в российском праве неустойкой.

### ***2.11. Учет субъективной ценности объекта посягательств или предмета договорного предоставления***

Следует учитывать, что далеко не всегда дефект в осуществленном предоставлении делает полученное объективно менее ценным с точки зрения рыночных цен, чем то, на что был вправе рассчитывать кредитор. Например, продавец может поставить автомобиль не в том цвете, который был согласован. Дефект налицо, но рыночная цена такого автомобиля может не отличаться от цены автомобиля согласованного в договоре цвета. Более того, может случиться так, что рыночная цена исполненного выше, чем цена того, что было обещано. В такой ситуации нарушение налицо, но выпадения возможности прирастить имущественную массу нет. Это серьезная проблема, связанная с тем, что предоставление по договору может иметь чисто субъективную ценность для кредитора, но суд, рассматривающий спор, вынужден ориентироваться на объективные показатели (рыночные цены), так как адекватно и достоверно оценить субъективную ценность он, как правило, не может.

Та же проблема возникает и при повреждении имущества. Объективная рыночная стоимость поврежденного имущества может не отличаться от рыночной стоимости неповрежденного имущества или отличаться крайне незначительно, но субъективный интерес правообладателя может быть погран крайне серьезно. То же и с гибелью вещи: погибшая вещь может не иметь никакой рыночной стоимости, но иметь для правообладателя колоссальную субъективную ценность (например, как память о предках или семейная реликвия). Тот же вопрос встает и при изъятии государством недвижимости в публичных интересах. Компенсация неминуемо будет рассчитываться исходя из рыночных показателей, но в конкретной ситуации субъективная ценность данного объекта может быть намного выше.

В целом у объектов оборота нет априорной ценности. Объекты и права имеют сугубо субъективную ценность. Для одного лица один объект может не иметь никакой ценности вообще, для другого тот же объект будет иметь колоссальное значение. Все, что есть объективного в вопросах ценности, — это рыночная цена, которая может быть подвижна и меняться под воздействием спроса и предложения. Рыночная цена определяется по итогам сбора статистики совершения сделок по поводу того же предмета. Но если объект или право уникальны и не имеют рынка абсолютных аналогов, такая статистика теряет свою убеждающую силу. Учет же статистики цен на рынках неких аналогов может приводить к серьезным искажениям. Сколько стоит непубличная IT-компания или тот или иной уникальный патент, участие кинозвезды в съемках блокбастера и т.п.?

В идеале возмещение убытков, чтобы реализовать свою функцию инструмента восстановления *status quo* и обеспечения денежного эквивалента погранного права, должно учитывать субъективную ценность нарушенного права, но проблема в том, что адекватно определить эту ценность суд не может. Субъективная ценность проявляется вовне в готовности обладателя произвести отчуждение блага или права по определенной цене. Если человек согласен продать семейную реликвию за 1 млн руб., значит, субъективная ценность этого объекта для него меньше этой величины: он бы не продал ее, если бы ценил ее выше. Но такое выявление субъективной ценности происходит только в рамках добровольных трансакций, сделок. В случае же нарушения права нет фактора добровольности, право нарушается, отнимается без согласия правообладателя. Поэтому субъективная ценность оказывается скрытой. По логике возмещение убытков должно дать пострадавшему ту сумму, за которую он был бы готов расстаться со своим правом добровольно. Но когда правообладатель обращается в суд и сталкивается

с необходимостью доказать свои убытки, он неминуемо лишается возможности достоверно доказать утраченную субъективную ценность, и единственной альтернативой оказывается опора на объективные, статистические данные о рыночных ценах, которые далеко не всегда адекватно отражают субъективную ценность. Возможно, человек никогда бы не продал построенный его отцом дачный дом, к которому человек лично сильно привязан и с которым у него связаны ностальгические воспоминания о детских годах и умершем отце, менее чем за 10 млн руб., но если его кто-то уничтожил, и истец вынужден доказывать убытки, ему будет сложно доказать эту субъективную ценность, и придется опираться на статистику цен продажи похожих домов или статистику цен на строительные работы по возведению такого же дома. Обе цифры могут оказаться куда ниже тех 10 млн руб., составляющих субъективную ценность.

Но эта проблема нерешаема в рамках института возмещения убытков, если придерживаться принципа компенсационной природы ответственности. Попыткой минимизировать последствия этой проблемы является опция присуждения сверхкомпенсационных убытков (например, по модели карательных убытков в США), но у этой опции имеются свои сложности (см. подробнее п. 1.9 комментария к настоящей статье). Другой ответной реакцией права могло бы быть более активное присуждение морального вреда, одной из функций которого могла бы быть компенсация за утраченную и недоказуемую в составе обычных убытков субъективную ценность. Но такая компенсация в любом случае определяется «на глазок» или, как говорят в некоторых странах, по «правилу большого пальца» и далеко не всегда приведет к тому, что пострадавший в итоге получит столько, сколько он согласился бы взять за отчуждение права на основе добровольной сделки. Кроме того, возмещение морального вреда далеко не всегда доступно пострадавшему, если нарушено имущественное право (по общему правилу моральный вред в такой ситуации не взыскивается согласно ГК РФ).

В связи с этим с учетом имманентно присущей институту убытков проблемы недокомпенсации в результате игнорирования субъективной ценности поправленного права немаловажную роль играют инструменты не компенсационной, а абсолютной защиты права, если они в принципе применимы (иск о присуждении к исполнению в натуре, виндикация и негаторный иск, требование о восстановлении нарушенного права, оспаривание сделки и возврат выбывшей вещи в натуре и т.п.). Доступность таких способов защиты вынуждает претендентов в ряде случаев воздерживаться от циничных посягательств на гражданское право и вступать с правообладателем в переговоры, направленные

на совершение добровольной трансакции, которая в случае успешного завершения переговоров неминуемо гарантирует правообладателю получение истинной субъективной ценности права или блага. В литературе по экономическому анализу права в этом контексте говорят о защите по модели *property rule* в противоположность компенсационной защите (по модели *liability rule*).

В то же время здесь возникает крайне важный практический вопрос: что, если правообладатель в рамках спора о взыскании убытков может достоверно доказать свою субъективную ценность, превышающую объективную рыночную цену? Может ли он претендовать в таком случае на взыскание убытков в сумме, соответствующей такой субъективной ценности? Допустим, собственник той самой дачи, о которой речь шла выше, сможет доказать, что ранее он вел переговоры с рядом потенциальных покупателей и отвергал любые предложения ниже 10 млн руб. В такой ситуации субъективная ценность была проявлена и может быть более или менее достоверно определена.

Но возможна и обратная ситуация. Что, если истец рассчитывает свои убытки на основе рыночных цен, а ответчик каким-то образом достоверно доказывает, что субъективная ценность блага для истца ниже? Например, по вине соседа погибает старый трактор собственника, и последний обращается в суд с иском о взыскании рыночной стоимости трактора в размере 1 млн руб. Может ли ответчик защищаться, доказывая, что сам трактор представлял для истца меньшую субъективную ценность, что подтверждается тем, что ранее истец предлагал ответчику купить такой трактор за 500 тыс. руб.?

Эти вопросы заслуживают обсуждения. Как представляется, есть логика в том, чтобы исходить из следующего: рыночные цены (объективные данные статистики) определяют минимум компенсации, и ответчик не может добиться ее снижения, даже если докажет, что субъективная ценность для истца ниже. Перспектива же взыскания доказанной более высокой субъективной ценности кажется вполне обсуждаемой.

### **2.12. Истребование неправомерных доходов**

В силу абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ лицо, чье право нарушено, вправе требовать от нарушителя вместо возмещения упущенной выгоды передачи всех доходов, которые нарушитель извлек из факта нарушения договора. Это средство защиты (*disgorgement of profits*) по своей природе не является разновидностью убытков, а представляет собой санкцию особого рода и вытекает из общего принципа недопустимости извлечения выгоды из своего неправомерного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Так, например, если продавец, обещавший



передать недвижимость покупателю, продает ее третьему лицу по более высокой цене, покупатель, пострадавший от нарушения, вправе взыскать с продавца разницу в ценах (т.е. всю выгоду, которую продавец извлек в результате циничного нарушения своих обязательств). Таким образом, если упущенная выгода кредитора меньше, чем доходы должника, кредитор может выбрать в качестве средства защиты взыскание доказанных доходов нарушителя и тем самым получить больше, чем сумма его фактической упущенной выгоды. Если же упущенная кредитором выгода выше, чем доход должника, кредитору есть смысл выбрать в качестве средства защиты именно взыскание упущенной выгоды. Иначе говоря, кредитор не может взыскать с должника свою упущенную выгоду кумулятивно с истребованием с должника его дохода — кредитор должен выбирать.

Другой пример: кредитор по денежному обязательству может потребовать от должника возмещения извлеченной из факта просрочки в оплате выгоды в виде экономии на процентах, определяемой как разница между процентами по ст. 395 ГК РФ или договорными пенями, которые подлежат начислению на должника в связи с просрочкой, и средними по рынку ставками процента по краткосрочным кредитам той же степени обеспеченности, что и нарушенное обязательство. См. подробнее комментарий к ст. 395 ГК РФ<sup>1</sup>.

Взыскание дохода нарушителя не исключает право истца требовать возмещения должником реального ущерба. Эти меры вполне могут сочетаться, на что прямо указывает норма абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ.

Данная санкция была реципирована в ГК РФ из ГК Голландии. Сейчас такой способ защиты известен многим странам, но в некоторых странах (например, Голландии) он носит общий характер, как и в ГК РФ, а в других признается допустимым для отдельных видов правонарушений (например, циничных нарушений личных неимущественных прав на неприкосновенность частной жизни таблоидами, нарушение прав интеллектуальной собственности, умышленных нарушений договора, совершенных в расчете на извлечение коммерческой выгоды, и т.п.).

Возможность взыскания неправомерных доходов при деликте также прямо признана в п. 4 ст. VI.—6:101 Модельных правил европейского частного права: вместо возмещения убытков допускается «возмещение

---

<sup>1</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. С. 656–674 (автор комментария к ст. 395 — А.Г. Карапетов).

в форме возврата лицом, несущим ответственность за причинение юридически значимого вреда, любой выгоды, полученной последним в связи с причинением вреда», но делается оговорка о том, что такой выбор допустим, «если это разумно».

К сожалению, несмотря на то что ГК РФ очень прогрессивен в этом отношении и содержит столь общую норму о взыскании неправомерных доходов, практика применения данного способа защиты крайне незначительна. Сложности в понимании природы этой санкции и ее отличия от взыскания убытков пострадавшего испытывают как сами юристы, так и суды, наглядным подтверждением чему служит Определение СКЭС ВС РФ от 23 января 2018 г. № 309-ЭС17-15659.

Суть этой сложности в том, что существуют два варианта осмысления природы данной санкции, каждая из которых приводит к различным практическим результатам.

Первый состоит в том, что указанная норма понимается как устанавливающая с учетом сложностей доказывания упущенной выгоды опровержимую презумпцию того, что убытки истца как минимум не меньше доходов ответчика. Получается, что данная норма предусматривает своеобразный абстрактный расчет убытков, логика которого в том, что иногда истцу проще доказать фактически извлеченный нарушителем доход, чем доказать свою упущенную выгоду. Но модель опровержимой презумпции и абстрактного расчета означает, что нарушитель может доказать, что пострадавший не смог бы извлечь такой же доход, который за счет нарушения его права извлек нарушитель (например, не имел необходимой лицензии или болел в этот период), и в таком случае суд отходит от презумпции равенства убытков истца доходу ответчика и не взыскивает с него неправомерно извлеченный доход.

Второй состоит в том, что эта норма устанавливает самостоятельный способ защиты права — истребование неправомерных доходов. Согласно данному подходу, истец действительно вправе претендовать на неправомерно извлеченный нарушителем за счет нарушения его права доход, и тот факт, что убытки самого истца меньше или вообще отсутствуют, эту возможность не колеблет, поскольку оставлять нарушителю такой доход означало бы потакать правонарушениям и создавать очевидную несправедливость.

Следует признать, что способствует путанице и сама формулировка абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ. Унаследовав изначальный порок источника вдохновения — ст. 6:104 ГК Нидерландов, комментируемая норма смешивает убытки и истребование доходов. Это смешение привело к аналогичным спорам в голландском праве. Суды не понимали, как можно взыскивать доход нарушителя в качестве убытков

пострадавшего, если очевидно, что убытки последнего меньше или вовсе отсутствуют.

Логичным представляется второй подход. Правильным путем здесь идут правопорядки ряда стран, конструируя эту санкцию в качестве отличной от убытков. В ее основе лежит не идея компенсации, а идея превенции правонарушения и недопущения посправа базового принципа справедливости, отраженного сейчас в ГК РФ в п. 4 ст. 1 ГК РФ, – недопущения сохранения выгод от правонарушения в руках нарушителя. Не имеет значения, каковы реальные убытки пострадавшего. Все то, что за счет нарушения заработал нарушитель, он должен отдать пострадавшему, нарушение права которого и позволило нарушителю этот доход извлечь.

Такой на первый взгляд жесткий, но по существу справедливый подход особенно уместен в ситуациях, когда речь идет об умышленном правонарушении.

При этом ничто не мешает нам в России корректно понимать природу данной санкции. Абзац второй п. 2 ст. 15 ГК РФ не объявляет ее убытками, а позволяет истцу рассчитать свою упущенную выгоду исходя из *фикции* того, что она равна доходу нарушителя. Применение фикции означает, что по сути речь идет не о взыскании убытков в целях компенсации имущественных невыгод, а об отобрании неправомерных доходов в пользу того, паразитирование на чьем праве нарушителю позволило эти доходы извлечь.

Здесь, впрочем, возникает целый ряд технических вопросов.

Во-первых, что считать доходом – общую «выручку» или «чистый доход»? Например, если некто украл принадлежащее другому лицу ноу-хау и выпускает с его помощью товары, можно ли взыскать с него всю выручку за их реализацию или следует рассчитать чистый доход в виде выручки за вычетом переменных издержек? Последнее кажется более логичным.

Во-вторых, как быть, если нарушение права было только одной из составляющих полученного дохода? Например, нарушение чужого патента в сочетании с легальным приобретением десятка других патентов и масштабных инвестиций позволило нарушителю запустить на рынок некий медицинский препарат. Очевидно, что в такой ситуации взыскание всех доходов от его продаж будет непропорциональной санкцией. Следует вычлениить некую пропорцию доходов, соответствующую той роли, которую играло нарушение патента.

Возникает и целый ряд иных технических вопросов, но обсуждать их логично после того, как наша судебная практика определится с пониманием природы этого института.

### 2.13. Налоговые аспекты расчета убытков

Если подлежит возмещению реальный ущерб в виде понесенных истцом расходов, судебная практика ВАС РФ и ВС РФ требует во избежание неосновательного обогащения пострадавшего вычета из сумм понесенных им расходов той части, которая соответствует НДС, выделенному в ценах тех услуг, работ или товаров, оплата которых кредитором и представляла собой понесенные им расходы и которая могла быть компенсирована кредитором за счет представления «исходящего НДС» к вычету. Если и кредитор, и тот, чьи услуги, работы или товары он оплачивает по причине нарушения его права, являются плательщиками НДС, кредитор получает от такого третьего лица счет-фактуру и может представить соответствующую часть уплаченной им цены к вычету, уменьшив налогооблагаемую базу по НДС за соответствующий налоговый период на эту величину. Если бы кредитор такие расходы (с выделенным в цене НДС) не понес, ему бы пришлось заплатить в соответствующем налоговом периоде большую сумму налога в бюджет. Если не исключать НДС при взыскании реального ущерба, кредитор получает сверхкомпенсацию. Кредитор, скажем, заплатил третьему лицу за ремонт поврежденной вещи. На часть уплаченной им цены за эти работы, соответствующей выделенному в цене работ НДС, он уменьшает свой налоговый платеж по данному налогу за соответствующий период, тем самым компенсируя часть понесенных расходов из альтернативного источника. Представим далее, что этот кредитор подает к делинквенту иск о взыскании всей суммы понесенных расходов на ремонт, включая ту часть, которую он уже компенсировал за счет снижения налога. Здесь, по мнению высших судов, должен работать принцип *compensatio lucri cum damno*, и необходимо зачитывать такие побочные выгоды к номинальным суммам убытков (Определение СКЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-10125, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 июля 2013 г. № 2852/13). Естественно, такое уменьшение размера взыскиваемого ущерба не должно происходить, если кредитор сам не является плательщиком НДС: никакого вычета он сделать в таком случае не может.

Пока не вполне ясно, готовы ли суды делать то же в ситуации взыскания упущенной выгоды. Представим, что из-за деликта или нарушения договора трейдер не смог реализовать часть продукции и взыскивает упущенную выгоду. Если бы не было нарушения, он бы смог данную продукцию реализовать и получить некую сумму. Но так как трейдер является плательщиком НДС, в цене, которую он получил бы от своих клиентов в этом случае, выделялся бы НДС, и трейдер на эту величину увеличил бы налогооблагаемую базу по данному налогу в со-

ответствующий налоговый период. Поскольку такие доходы не были получены от третьих лиц (клиентов трейдера), вместо этого трейдер требует взыскать эти доходы с нарушителя в составе упущенной выгоды. И здесь опять возникает риск сверхкомпенсации. Взыскание убытков НДС не облагается, и поэтому кредитор получает от нарушителя сумму, которая не увеличивает его налогооблагаемую базу по НДС, что делает его положение более выгодным, чем если бы он получил тот же доход от своих клиентов при отсутствии нарушения. Но применение к такой ситуации подхода, позволяющего уменьшить сумму убытков на величину, составляющую НДС, во избежание сверхкомпенсации, кажется последовательным.

Впрочем, может обсуждаться вопрос, не логичнее ли эту проблему решать не через уменьшение сумм взыскиваемых убытков, а посредством тех или иных сугубо налоговых решений.

#### **2.14. *Pravilo de minimis***

Согласно ст. VI.–6:102 Модельных правил европейского частного права тривиальный (крайне незначительный) вред не подлежит возмещению деликтным иском. Это правило, именуемое «*de minimis*», достаточно хорошо известно европейскому праву. В принципе, оно представляется логичным и применимым в контексте взыскания убытков по любым основаниям. Если истец требует возмещения нескольких рублей убытков, беспокоя по такому поводу ответчика и судебную систему, ему следует отказать в иске со ссылкой на злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ). Но речь должна идти о действительно тривиальном ущербе, не оставляющем сомнения, что поведение истца носит характер заведомого злоупотребления в форме шиканы или иной форме.

Нельзя не сказать, что на практике нередко в крупных договорах (в частности, в сделках купли-продажи акций или доли в ООО) встречаются условия об ограничении объема ответственности по модели *de minimis* с установлением минимальной суммы убытков, возмещения которой истец может требовать от ответчика.

#### **Дополнительная литература**

*Байбак В.В. Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк* // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6. С. 4–21.

*Байбак В.В. Утрата благоприятной возможности (loss of a chance) как разновидность договорных убытков* // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 63–73.

*Буланов Е.А.* Упущенная выгода: отдельные аспекты доказывания // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М.: ИЦП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 418–443.

*Глоов Д.Х.* Штрафные убытки в потребительском праве // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. Т. 3. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2019. С. 150–192.

*Громов С.А.* Особенности возмещения конкретных и абстрактных убытков при прекращении договора. Комментарий к ст. 393.1 ГК РФ и к п. 11–14 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 11. С. 80–105.

*Егоров А.В.* Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 68–137.

*Жученко С.П.* Убытки: зарубежные подходы и отечественная практика // Защита гражданских прав: избранные аспекты: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2017. С. 104–161.

*Карапетов А.Г.* Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 4. С. 163–195.

*Карапетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11. С. 24–80; № 12. С. 24–73.

*Карапетов А.Г., Косарев А.С.* Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2009. № 5 (специальное приложение).

*Каргальсков Д.С.* Взыскание прибыли, полученной правонарушителем: голландский подход и одно определение Верховного Суда РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 1. С. 107–123.

*Лугманов Р.Р.* Деликтное право как средство взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 2. С. 115–153.

*Лухманов М.И.* **Интерес особого пристрастия: защита субъективной неимущественной ценности в имущественном благе** // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 3: специальный выпуск к юбилею профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2019. С. 156–224.*

*Михайлов В.С.* **Концепция фактической причинной связи и некоторые проблемы ее применения** // *Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 3. С. 103–161.*

*Михайлов В.С.* **Теории причинно-следственной связи и установление пределов ответственности** // *Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 82–144.*

*Назариков С.В.* **Некоторые теоретические и практические аспекты причинно-следственной связи в контексте деликтной ответственности** // *Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 2: Особенная часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 147–230.*

*Овсянникова А.О.* **Абстрактный и конкретный методы исчисления убытков** // *Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 5. С. 9–61.*

*Овсянникова А.О.* **Компенсация убытков, вызванных «обманом доверия» к исполнению сделки** // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 3: специальный выпуск к юбилею профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2019. С. 247–290.*

*Овчинникова Н.Ю.* **Уменьшение покупной цены по договору купли-продажи по германскому и российскому праву** // *Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 2: Особенная часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 785–821.*

*Петров А.С.* **Определение размера упущенной выгоды** // *Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. Т. 3. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2019. С. 240–283.*

*Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

*Сераков В.В.* Критерий предвидимости убытков (сравнительно-правовое исследование) // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 476–527.

*Сераков В.В.* Теория адекватной причинности как способ ограничения размера причиненных убытков // Вестник гражданского права. 2014. № 5. С. 233–252.

*Томсинов А.В.* Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России: Монография. М.: Зерцало-М, 2010.

*Чупрунов А.С.* Гражданско-правовая ответственность за вмешательство третьего лица в договорные отношения // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. Т. 3. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2019. С. 678–723.

Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World (= Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. Vol. 8) / E. Hondius, A. Janssen (eds.). Springer, 2015.

The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law (= Principles of European Tort Law. Vol. 2) / M. Martin-Casals (ed.). Intersentia, 2019.

Pure Economic Loss in Europe / M. Bussani, V.V. Palmer (eds.). Cambridge University Press, 2003.

Causation in European Tort Law / M. Infantino, E. Zervogianni (eds.). Cambridge University Press, 2017.

Contract Damages: Domestic and International Perspectives / D. Saidov, R. Cunningham (eds.). Hart Pub., 2008.

*Saidov D.* The Law of Damages in International Sales. The CISG and Other International Instruments. Hart Pub., 2008.

*Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Clarendon Press, 1988. P. 75–208.



## **Статья 16. Возмещение убытков, причиненных государственными органами и органами местного самоуправления**

**Убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием.**

### *Комментарий*

#### **1. Сфера действия ст. 16 ГК РФ**

Статья 16 ГК РФ реализует положения ст. 53 Конституции РФ, в соответствии с которой каждый имеет право на возмещение государством<sup>1</sup> вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Отношения по возмещению вреда, причиненного государством, урегулированы также в гл. 59 ГК РФ (ст. 1069, 1070, 1081), а также в специальных законах и иных нормативных правовых актах.

##### **1.1. Место ст. 16 в системе ГК РФ**

Вопрос о месте ст. 16 в системе ГК РФ является неоднозначным. С одной стороны, незаконные действия представителей государства обычно образуют деликт, и поэтому причиненный государством вред, как правило, возмещается в рамках деликтного права (гл. 59 ГК РФ). С другой стороны, нахождение ст. 16 в части первой ГК РФ (после общей ст. 15 ГК РФ об убытках) может предполагать более широкую сферу ее действия.

Статья 15 ГК РФ говорит об убытках в целом, т.е. и о договорных, и о деликтных, и регулирует, скорее, порядок их исчисления, оставляя вопрос об основаниях возмещения убытков иным положениям ГК РФ. Статья 16 ГК РФ не претендует на такое общее применение и явно имеет более узкий предмет.

Когда убытки возникают в результате неисполнения государством договорных обязательств (например, по государственным контрактам), нет нужды обращаться к ст. 16 ГК РФ и искать специальные основания

---

<sup>1</sup> В комментарии слово «государство» используется как собирательное, обобщающее все публично-правовые, в том числе муниципальные, образования.

ответственности, в частности незаконность действий государственных органов. Эти отношения регулируются государственным контрактом, специальным законодательством, а также общими нормами ГК РФ о договорных обязательствах (гл. 25 ГК РФ).

Если государство причинило вред в результате классического «частного» деликта (например, ДТП с участием служебного автомобиля, падение сосульки со здания министерства, пожар здания, находящегося в публичной собственности, и т.п.), есть основания для обращения к общим нормам деликтного права (ст. 1064, 1068 и др. нормы гл. 59 ГК РФ). В этом случае государство является ответственным как работодатель за своих работников и иных лиц, в отношении которых осуществляется контроль (ст. 1068 ГК РФ).

В свою очередь ст. 16 ГК РФ рассчитана на применение в случаях, когда частному лицу причинен вред при его участии в публичных отношениях, где государство выступает не в качестве субъекта гражданского права, а в качестве субъекта, наделенного властными полномочиями (исполнение судебных актов, таможенный контроль, регистрация прав на недвижимость и т.д.).

Чтобы отличить «частный» деликт государства от «публичного», необходимо представить, могло ли другое лицо совершить аналогичный деликт: если да (как, например, в случае с ДТП, сосулькой или пожаром), то это, скорее, частный деликт (ст. 1064, 1068 ГК РФ), а если нет (как с любой властной деятельностью публично-правовых образований), то это деликт публичный, и должны применяться ст. 16, 1069 ГК РФ.

Разница заключается в специфике оценки незаконности властных действий государства (см. п. 3 комментария), вины должностных лиц (см. п. 4 комментария), а также в определении круга лиц, за деликты которых государство несет ответственность.

В частных отношениях государство, как и любой другой работодатель, несет ответственность за деликты своих работников, а также граждан, выполняющих работу по гражданско-правовому договору, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию работодателя и под его контролем за безопасным ведением работ (ст. 1068 ГК РФ).

В отношении публичных отношений ст. 16 ГК РФ, как и ст. 1069 ГК РФ, указывает, что государство (муниципальное образование) несет ответственность за вред, причиненный государственными (муниципальными) органами и их должностными лицами. На первый взгляд может показаться, что такая формулировка сужает сферу ответственности государства и не предполагает возложения на него от-

ветственности за вред, причиненный не должностными лицами или государственными органами, а иными лицами, которые действовали по заданию публично-правового образования и под его контролем. Но на самом деле это не так.

Изначально государство осуществляло свою властную, публичную деятельность только через должностных лиц и государственные органы, но в современном мире оно использует широкий спектр правовых институтов для реализации своих функций: это и создание юридических лиц для исполнения публичных функций, и привлечение частных лиц, и государственно-частное партнерство и т.д. Поэтому в зарубежных странах, в практике ЕСПЧ и частично в России наблюдается тенденция к более широкому толкованию сферы ответственности государства. Это означает оценку не формальных критериев занятости и статуса органа, а всего правоотношения в целом, чтобы определить, предполагают ли взаимосвязь между непосредственным причинителем вреда и государством, а также характер совершенного деликта возложение ответственности на казну. См. подробнее об этих критериях п. 1.3 настоящего комментария.

Догматически сфера ответственности какого-либо субъекта корреспондирует сфере его контроля. В настоящее время с учетом значительности влияния государства на все сферы жизни общества, внушительной доли участия государства в экономике, а также разнообразия способов осуществления власти и управления масштабной государственной собственностью формулировка «вред, причиненный незаконными действиями (бездействием) государственных органов и их должностных лиц» не способна охватить все случаи ответственности государства. Современные тенденции правоприменения в области ответственности государства, а также их научное обоснование свидетельствуют о том, что сфера ответственности государства несколько шире, чем явно противоречащие закону акты должностных лиц и государственных органов. На практике (как в национальных судах, так и в ЕСПЧ), а также в доктрине наблюдается ориентация на расширительное толкование условий ст. 16 ГК РФ, что более подробно будет рассмотрено ниже.

Расположение ст. 16 в части первой ГК РФ может играть не столько правовую, сколько идеологическую роль: таким образом подчеркивается конституционное значение возмещения вреда, причиненного публичной властью, но в основном все эти случаи все равно охватываются деликтным правом.

### ***1.2. Публичный деликт и полномочия должностного лица***

По общему правилу, которое изначально было заложено в ст. 16 ГК РФ, государство несет ответственность за деликты должностных

лиц, которые они совершили при исполнении своих служебных полномочий. Однако при применении этого правила обнаружилось его несовершенство. Например, в известном деле майора Д. Евсюкова сотрудник органов внутренних дел в нерабочее время открыл стрельбу из служебного оружия в торговом центре. Суды отказали потерпевшим в возмещении убытков из казны, ссылаясь на то, что деликт был совершен должностным лицом не при исполнении своих публичных обязанностей. Вместе с тем ЕСПЧ признал нарушение ст. 2 Конвенции по защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ), указав на неисполнение государством позитивной обязанности принимать необходимые меры для защиты жизни лиц, относящихся к его юрисдикции, что включает в себя необходимость создания законодательных и исполнительных механизмов для обеспечения эффективного уменьшения угрозы праву на жизнь (Постановление ЕСПЧ от 1 декабря 2016 г. по делу «Герасименко и другие (Gerasimenko and Others) против Российской Федерации» (жалобы № 5821/10 и 65523/12)).

Ненадлежащее исполнение государством своих публичных функций выразалось в том, что при приеме Д. Евсюкова на службу не исследовались его психические качества, в процессе службы не была осуществлена надлежащая система хранения оружия и боеприпасов, что позволило должностному лицу незаконно ими завладеть и воспользоваться. На основании этого ЕСПЧ сделал вывод об ответственности государства за деликт должностного лица, который был совершен хотя и во внеслужебное время, но при наличии упречности в действиях государства в организации системы приема на службу и контроля за действиями служащих. Это означает принципиальную допустимость возложения на государство ответственности за вред, причиненный должностными лицами не при исполнении их публичных полномочий, если совершенный деликт был обусловлен и упущениями властей.

### ***1.3. Деликты физических и юридических лиц, привлеченных государством для исполнения публичных функций***

Нередко публичные функции возлагаются государством не на государственные органы и должностных лиц, а на физических и юридических лиц: на государственные унитарные предприятия и учреждения, государственные корпорации, публично-правовые компании, на юридические лица с долей участия публично-правового образования, на некоммерческие организации, такие как специальные фонды, на частных лиц, таких как нотариусы, страховщиков по государственному страхованию, арбитражных управляющих и др. Эти субъекты могут осуществлять управление государственным имуществом, предоставлять государственные услуги, осуществлять контрольные

функции и т.д. Несет ли государство ответственность за их деликты? По общему правилу нет.

(а) В соответствии с п. 6 ст. 113, п. 4, 5 ст. 123.22 ГК РФ собственник не отвечает по обязательствам предприятий и учреждений, за исключением субсидиарной ответственности по долгам казенных учреждений, а также бюджетных учреждений в части возмещения вреда здоровью.

В п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 13 разъясняется, что при недостаточности лимитов бюджетных обязательств, доведенных казенному учреждению для исполнения его денежных обязательств, по ним от имени Российской Федерации, субъекта РФ, муниципального образования отвечает главный распорядитель бюджетных средств, в ведении которого находится соответствующее казенное учреждение (п. 7 ст. 161, п. 10 ст. 242.3, п. 9 ст. 242.4, п. 9 ст. 242.5 БК РФ). Основанием для привлечения главного распорядителя бюджетных средств к ответственности является наличие неисполненного судебного акта по предъявленному кредитором в суд иску к основному должнику — казенному учреждению (п. 10 ст. 242.3, п. 9 ст. 242.4, п. 9 ст. 242.5 БК РФ).

Далее в цитируемом пункте названного Постановления ВС РФ отражает важную идею, что кредитор вправе одновременно предъявить иск к основному должнику — казенному учреждению и должнику, несущему ответственность при недостаточности лимитов бюджетных обязательств, — главному распорядителю бюджетных средств, осуществляющему финансовое обеспечение деятельности находящегося в его ведении казенного учреждения за счет средств соответствующего бюджета. В случае удовлетворения такого иска в резолютивной части судебного акта следует указывать на взыскание суммы задолженности с казенного учреждения (основного должника), а при недостаточности лимитов бюджетных обязательств — с главного распорядителя бюджетных средств.

Если ответственность государства за долги казенных учреждений не вызывает сомнений, то разрешение ситуаций, когда вред причиняется предприятиями или иными государственными компаниями, а также частными организациями, которым делегированы публичные полномочия, не так очевидно. Эти юридические лица рассматриваются как полноценные субъекты права, выступающие в обороте от своего имени и обладающие самостоятельной правоспособностью и деликтоспособностью. Поэтому, в соответствии с господствующей теорией и практикой, юридические и физические лица, хотя и имеющие отношение к государству, отвечают по своим, в том числе деликтным, обязательствам за счет своего имущества.

В п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145 рассматривается дело, в котором муниципальное образование поручило муниципальному предприятию снести незаконно размещенную рекламную конструкцию истца. При осуществлении демонтажа рекламной конструкции ей и земельному участку истца были причинены повреждения. Впоследствии решение о сносе рекламной конструкции было признано незаконным. ВАС РФ указал, что местная администрация несет ответственность только за вред, причиненный самим незаконным решением о демонтаже. Ущерб, причиненный муниципальным предприятием при исполнении поручения администрации, подлежит возмещению за счет предприятия.

Такое решение вряд ли можно признать удачным в части отказа в требовании о возмещении местной администрацией вреда, причиненного в ходе исполнения поручения о сносе конструкции. Снос незаконно размещенного объекта относится к публичной сфере и является актом власти. Более того, муниципальное предприятие полностью контролируется муниципальным образованием, финансируется им и ему подотчетно. Совершенный деликт явно являлся публичным и выражал собой акт власти. Тот факт, что публично-правовое образование осуществляет свою публичную функцию не через муниципальные органы, а через муниципальные предприятия, не должен ухудшать положение потерпевших. Поэтому более обоснованным решением было бы взыскать с муниципального образования весь причиненный вред.

Именно такой подход применяется ЕСПЧ, который практически во всех случаях возлагает на государство ответственность за вред, причиненный государственными и муниципальными предприятиями и учреждениями. При этом ЕСПЧ отмечает, что государственные и муниципальные предприятия и учреждения не обладают той степенью институциональной и оперативной независимости от государства, чтобы освободить последнее от ответственности. Поэтому ЕСПЧ признает ответственность государства не только за публичные деликты казенных и бюджетных учреждений (например, жестокое обращение с ребенком в детском саду (Постановление от 7 марта 2017 г. по делу «В.К. (V.K.) против Российской Федерации» (жалоба № 68059/13))), но и за иные нарушения государственных учреждений и предприятий, таких как невыплата заработной платы (постановления ЕСПЧ от 30 июля 2015 г. по делу «Воронков (Voronkov) против Российской Федерации» (жалоба № 39678/03), от 11 октября 2016 г. по делу «Мартов и другие (Martov and Others) против Российской Федерации» (жалоба № 14523/08), от 9 октября 2014 г. по делу «Лисейцева и Маслов (Liseytseva and Maslov)

против Российской Федерации» (жалобы № 39483/05 и 40527/10)) или незаконное увольнение (Постановление ЕСПЧ от 8 апреля 2010 г. «Ершова (Yershova) против Российской Федерации» (жалоба № 1387/04)).

Чтобы констатировать ответственность государства за деликты иных юридических лиц, в том числе с государственным участием, ЕСПЧ использует комплекс содержательных и функциональных критериев, среди которых можно выделить: правовой статус компании (согласно публичному или частному праву), характер ее деятельности (публичная функция или обычная коммерческая деятельность), контекст ее операций (монополия или в значительной степени регулируемый бизнес), ее институциональная независимость (объем государственной собственности) и оперативная независимость (пределы государственного надзора и контроля), порядок назначения и отстранения от должности руководителей организации, возможность давать обязательные указания, финансирование (п. 114 Постановления ЕСПЧ от 16 июля 2014 г. по делу «Алишич и другие (Ališić and Others) против Боснии и Герцеговины, Хорватии, Сербии, Словении и «бывшей Югославской Республики Македония» (жалоба № 60642/08), п. 187 Постановления ЕСПЧ от 9 октября 2014 г. по делу «Лисейцева и Маслов (Liseytseva and Maslov) против Российской Федерации» (жалобы № 39483/05 и 40527/10) и др.).

Вопрос о том, несет ли государство ответственность за нарушения того или иного самостоятельного юридического лица, решается индивидуально в каждом случае применительно к обстоятельствам конкретного дела. Например, в Постановлении от 18 октября 2016 г. по делу «Вукота-Боич (Vukota-Bojić) против Швейцарии» (жалоба № 61838/10) ЕСПЧ признал ответственность государства за нарушения, допущенные частной страховой компанией, осуществлявшей государственное страхование. Эта компания организовала тайное наблюдение за заявительницей, чтобы установить некоторые детали произошедшего с ней страхового случая. По мнению ЕСПЧ, «мера по наблюдению была применена частной страховой компанией, однако государство наделило эту компанию правом выплачивать пособия по обязательному медицинскому страхованию и собирать страховые премии. Государство не может освободиться от ответственности на основании Конвенции путем делегирования своих обязанностей частным организациям или гражданам. Учитывая, что страховая компания управляла схемой государственного страхования и что она рассматривалась в рамках правовой системы Швейцарии как публичный орган, компания должна рассматриваться в качестве публичной власти и действия, совершенные ею, должны вменяться государству-ответчику».

В Постановлении от 25 марта 1993 г. по делу «Костелло-Робертс (Costello-Roberts) против Соединенного Королевства» (жалоба № 13134/87) ЕСПЧ признал ответственность государства за применение телесных наказаний в частной школе. Ответственность государства была обоснована ненадлежащим правовым регулированием: телесные наказания не были запрещены британским законодательством, а решения о наказаниях розгами принимал суд.

В практике ЕСПЧ анализировался вопрос о возможности рассмотрения конкурсного управляющего как представителя государства и, соответственно, о возложении на государство обязанности возместить причиненный им вред (дело «Котов (Kotov) против Российской Федерации» (жалоба № 54522/00)). Предварительно рассматривая это дело, Палата ЕСПЧ признала конкурсного управляющего банка представителем государства. Палата сослалась на тот факт, что конкурсный управляющий был назначен судом в соответствии с определенными критериями пригодности, что его деятельность контролировалась судом и что он действовал в интересах всех кредиторов банка. Палата также сослалась на «характер его обязанностей», которые «свойственны публичным властям».

Но Большая палата ЕСПЧ не согласилась с этими выводами, указав, что в период, относящийся к обстоятельствам дела, конкурсный управляющий в Российской Федерации являлся частным лицом, нанимаемым кредиторским органом, который представлял собой образование, действующее в собственных интересах. Конкурсный управляющий выбирался на открытом рынке из иных профессионалов, конкурирующих в целях получения данной работы. Он работал за вознаграждение, которое устанавливалось свободно и выплачивалось кредиторским органом. Если государство участвовало в процедуре банкротства, оно действовало в качестве кредитора, а не в качестве «публичной власти». Назначение конкурсного управляющего утверждалось судьей, но Большая палата ЕСПЧ согласилась с доводами властей РФ, что судья, делая это, лишь утверждал решение кредиторского органа, убедившись, что предлагаемое лицо отвечает необходимым критериям. Как таковое такое утверждение не возлагало на государство ответственности за способ исполнения конкурсным управляющим своих обязанностей.

Большая палата ЕСПЧ аргументировала, что контроль государства имел очень ограниченный характер и являлся последующим, поскольку суды не были обязаны проверять оправданность решений конкурсного управляющего с экономической или коммерческой точки зрения. «Суды не имели права давать указания конкурсному управляющему о том, как управлять компанией-банкротом, — это относилось



к полномочию, которые конкурсный управляющий мог осуществлять по своему усмотрению. Суды лишь контролировали соответствие его действий процессуальным и материальным нормам национального законодательства о банкротстве. Их задача ограничивалась тем, что они являлись местом разрешения споров между кредиторами несостоятельной компании, ее должниками и конкурсным управляющим. В этом отношении они играли ту же роль, что и в любом другом частном споре».

Также было отмечено, что в соответствии с утратившим силу Законом РФ от 9 ноября 1992 г. № 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» конкурсный управляющий не был подотчетен никакому регулирующему органу. Он был подотчетен только кредиторскому органу или отдельным кредиторам. Отношения между конкурсным управляющим и кредиторами (включая государство) регулировались гражданским правом, которое предусматривало личную ответственность конкурсных управляющих перед кредиторами. Конкурсный управляющий не получал какого-либо государственного финансирования.

Таким образом, на основе комплексного анализа ряда критериев Большая палата ЕСПЧ признала, что конкурсный управляющий не являлся представителем государства и его статус не подразумевал ответственность государства.

Следовательно, ЕСПЧ не ограничивается ответственностью государства только за деликты должностных лиц и государственных органов — он анализирует комплекс содержательных критериев, чтобы определить, предполагают ли взаимоотношения государства и того или иного лица возложение ответственности за его деликты на казну.

(б) В российских национальных судах привлечение государства к ответственности за деятельность юридических лиц, осуществляющих публичные функции, не является распространенной практикой, однако можно заметить тенденцию к проявлению этого подхода в некоторых категориях дел.

Одной из них является сфера исполнительного производства. Например, если судебный пристав-исполнитель привлекает оценщика для определения стоимости подлежащего реализации имущества, оценщик устанавливает неправильную цену и в связи с этим имущество продается с торгов по заниженной цене, суды возлагают обязанность возмещения вреда на государство в лице ФССП России как органа, ответственного за надлежащее исполнение судебного акта (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 октября 2012 г. № 6083/12, п. 87 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50). Хотя фор-

мально деликт совершен частным лицом — независимым оценщиком, а действия должностного лица — судебного пристава-исполнителя являлись правомерными, это не исключает ответственность государства за ненадлежащее исполнение публичной функции.

Похожая ситуация происходит, когда уполномоченный орган передает изъятое имущество на хранение частной организации, которая впоследствии повреждает или утрачивает это имущество. В соответствии с устоявшейся практикой, обязанность возмещения вреда возлагается на Российскую Федерацию в лице уполномоченного органа, который несет публичную обязанность обеспечить сохранность арестованного имущества (п. 7, 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

ВС РФ отмечает, что при утрате переданного на хранение или под охрану имущества заинтересованное лицо имеет право на иск о возмещении вреда за счет казны Российской Федерации, поскольку судебный пристав-исполнитель несет ответственность за действия третьих лиц, на которых он возложил свою обязанность по сохранности арестованного им имущества (ст. 403 ГК РФ) (Определение СКГД ВС РФ от 12 февраля 2019 г. № 16-КГ18-53).

В другом деле ВС РФ уточнил, что взыскатель не обязан подтверждать вину и причинно-следственную связь между конкретными действиями (бездействием) судебного пристава-исполнителя, отвечающего за сохранность арестованного имущества, и утратой имущества, даже если эта утрата произошла по вине других лиц (Определение СКЭС ВС РФ от 12 сентября 2014 г. № 309-ЭС14-2903; п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.).

Таким образом, и в Российской Федерации наблюдается тенденция к возложению на государство ответственности за частных лиц, привлекаемых к исполнению публичных функций. В судебной практике этот подход обосновывается ст. 403 ГК РФ об ответственности за лиц, привлеченных для исполнения обязательства, или, например, солидарной ответственностью заказчика и исполнителя работ.

(е) В то же время в исполнении публичных функций участвует значительное число физических и юридических лиц, но это не означает, что публично-правовое образование всегда будет нести ответственность за любые деликты любых частных лиц, каким-либо образом вовлеченных в процесс реализации государственных целей. Например, банки также способствуют исполнению некоторых публичных задач — хотя бы потому, что участвуют в исполнении судебных актов или во взыскании налоговой задолженности, алиментов и т.д. Озна-

чает ли это, что государство должно нести ответственность за вред, причиненный ошибками банка, например при ошибочном списании денежных средств по поручению налоговых органов или судебных приставов-исполнителей? В соответствии с господствующей судебной практикой, нет.

Для возложения на государство ответственности за вред, причиненный частным лицом, требуется как минимум, чтобы государство само привлекло данное лицо к исполнению публичной функции. В ситуации с банками это не так. Государство не выбирает банк, через который необходимо осуществить списание, — этот банк выбирает должник. Банк находится в договорных отношениях со своим клиентом, а не с государством. Поэтому вряд ли можно говорить об ответственности государства за ошибки банков, которые в некоторой степени все же содействуют исполнению публичных функций.

#### ***1.4. Ответственность за ненадлежащее управление государственной собственностью***

Публично-правовое образование может привлекать самостоятельных физических и юридических лиц не только для исполнения публичных функций, но и для управления государственной собственностью. В таких случаях возникает вопрос, кто несет ответственность за вред, причиненный государственному имуществу — собственник или лица, осуществляющие эксплуатацию государственного имущества. Это особенно актуально в связи с тем, что в государственной собственности находится большинство земельных участков, а полномочия по контролю за ними распределены не только между собственником и лицами, которым они переданы во владение, но и между многими органами различного уровня власти (пожарный, санитарный, строительный надзор и т.д.).

В этом контексте представляет интерес Определение СКГД ВС РФ от 20 ноября 2018 г. № 5-КГ18-227. Истцу был причинен вред в результате возгорания строений, находившихся на соседнем земельном участке. Полномочия собственника в отношении данного земельного участка осуществлялись субъектом РФ, при этом участок был передан в аренду частному лицу. Отклоняя довод о возложении ответственности на арендатора, ВС РФ указал, что бремя содержания принадлежащего ему имущества несет собственник, если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 210 ГК РФ): «...Если иное не предусмотрено законом или договором, ответственность за надлежащее и безопасное содержание имущества несет собственник, а соответственно, ущерб, причиненный вследствие ненадлежащего содержания имущества, подлежит возмещению собственником, если он не докажет, что вред

причинен не по его вине. При этом бремя содержания имущества предполагает в том числе принятие разумных мер по предотвращению пожароопасных ситуаций.

<...>

Иное означало бы, что собственник, заключив договор с любым лицом по своему усмотрению, фактически снимал бы с себя всякую ответственность за содержание и безопасное состояние этого имущества».

Данное решение может иметь большое значение для формирования дальнейшей практики по делам об ответственности государства за вред, причиненной государственной собственностью. Согласно позиции ВС РФ, ст. 210 ГК РФ предполагает ответственность собственника вне зависимости от того, кому передано спорное имущество. Это означает, что на государство может быть возложена ответственность за государственное имущество, которое передано другим лицам не только в аренду, но и по другим основаниям, например в хозяйственное ведение, оперативное управление и т.д.

Для комплексного разрешения таких дел важно обратить внимание, на уполномоченный орган какого публично-правового образования возложены обязанности по контролю за безопасностью и надлежащим содержанием этого имущества. В рассмотренном деле такие полномочия были возложены на государственный орган того же публично-правового образования, которое являлось собственником (субъект РФ). Вместе с тем, если эти субъекты не совпадают, ответственность может быть переложена с собственника на публично-правовое образование, орган которого не осуществлял должный контроль за государственным или муниципальным имуществом. Так, в Определении СКГД ВС РФ от 28 февраля 2017 г. № 46-КГ16-32 рассматривается следующее дело. Автомобиль истца был поврежден в результате падения на него незаконно размещенной рекламной конструкции. Собственник самой рекламной конструкции неизвестен, но она была расположена на земельном участке, принадлежащем муниципальному образованию. При этом полномочия по выявлению и сносу незаконно размещенных рекламных конструкций были возложены на уполномоченный орган субъекта РФ. ВС РФ взыскал причиненный вред с субъекта РФ, установив, что вред был причинен в результате незаконного бездействия его уполномоченного органа. При этом Судебная коллегия указала, что «[ф]акт того, что рекламная конструкция расположена на земельном участке, находящемся в собственности муниципального образования... не является основанием к освобождению [субъекта РФ] от гражданско-правовой ответственности за причинение вреда имуществу истицы, поскольку ввиду перераспределения полномочий в сфере регулирования

рекламной деятельности, обязанности по осуществлению демонтажа рекламных конструкций, собственник которых неизвестен, у органов местного самоуправления отсутствуют».

В другом деле автомобиль истца был поврежден в результате падения на него стрелки шлагбаума, которая была ненадежно закреплена и отклонилась в сторону проезжей части. ВС РФ поддержал решение о взыскании причиненного вреда солидарно с компании, ответственной за эксплуатацию шлагбаума, и Российской Федерации в лице Минфина России как главного распорядителя бюджетных средств ГИБДД, т.е. органа, осуществляющего контроль за безопасностью дорожного движения (Определение ВС РФ от 23 июня 2006 г. № 69-В06-1).

Представляется, что на практике эффективнее всего предъявлять требования о возмещении вреда одновременно и к собственнику, и к владельцу, и к публично-правовому образованию, на которое возложены обязанности по контролю за безопасностью соответствующего имущества. Солидарная ответственность этих субъектов не противоречит ст. 1080 ГК РФ.

Изложенное позволяет сделать вывод, что формулировка ст. 16 ГК РФ о незаконных действиях должностных лиц и государственных органов недостаточно точно отражает сферу ответственности государства и не должна толковаться буквально. При определенных обстоятельствах на государство допускается возлагать ответственность и за деликты других субъектов, в том числе юридических и физических лиц, исполняющих публичные функции, привлеченных государством для выполнения публичных задач или временно владеющих государственным имуществом. Эта ответственность не является безграничной и основывается на рассмотренных критериях, а также на традиционных основаниях ответственности (вред, незаконность, вина, причинно-следственная связь), которые будут рассмотрены далее.

## 2. Вред

Сама ст. 16 ГК РФ указывает, что в связи с незаконными действиями государственных органов подлежат возмещению *убытки*. Содержание термина «убытки» раскрывается в ст. 15 ГК РФ, в соответствии с абзацем первым п. 2 которой под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

### **2.1. Примеры убытков**

Убытками от деликтов государства могут быть:

- стоимость имущества должника, на которое могло, но не было обращено взыскание судебным приставом-исполнителем;
- разница между рыночной стоимостью имущества должника и стоимостью, по которой оно было продано на торгах при необоснованно заниженной оценке;
- стоимость имущества, утраченного по вине государственного органа или хранителя;
- сумма восстановительного ремонта поврежденной вещи, которая была изъята государственным органом;
- неполученная прибыль от использования незаконно арестованного и изъятого имущества;
- суммы штрафных санкций по договору, который был нарушен стороной в результате незаконных действий государственных органов (например, длительный невыпуск товара таможенными органами, незаконный отказ в регистрации недвижимого имущества или в выдаче разрешительных документов);
- разница между арендной платой и суммой земельного налога при незаконном отказе в предоставлении арендуемого земельного участка;
- упущенная выгода в связи с незаконным приостановлением лицензии на осуществление деятельности;
- сумма неполученного заработка в связи с незаконным задержанием;
- повреждение здоровья в местах лишения свободы;
- судебные издержки, расходы на оплату труда представителя;
- другие расходы и потери, понесенные лицом в результате незаконных действий государственных органов.

### **2.2. Моральный вред**

В соответствии с частью первой ст. 151 ГК РФ, если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда.

В части ответственности государства представляется важным, что право на компенсацию морального вреда имеют не только лица, участвовавшие в правоотношениях с государством, но и иные лица, неимущественные права или нематериальные блага которых были опосредованно затронуты незаконными действиями. В одном из дел

ВС РФ признал, что право на компенсацию морального вреда в связи с незаконным задержанием имеют не только необоснованно задержанные лица, но и их близкие родственники (Определение СКГД ВС РФ от 1 октября 2013 г. № 5-КГ13-77). Аналогичная позиция высказана в отношении незаконного обыска в жилище: право на компенсацию морального вреда имеют не только лица, в отношении которых санкционирован обыск, но и иные лица, проживающие в этом помещении (Обзор судебной практики ВС РФ № 4 (2017), утвержденный 15 ноября 2017 г.).

В части компенсации морального вреда, причиненного содержанию гражданина под стражей, ВС РФ демонстрирует неединообразный подход. Основным доводом истцов в пользу компенсации морального вреда, причиненного любым заключением под стражу (будь оно законным или нет), являются крайне неудовлетворительные условия содержания заключенных, унижающие человеческое достоинство. В качестве примеров практически в каждом деле приводятся переполненность тюремных камер, наличие в них насекомых, плесени, одновременное содержание в камерах здоровых заключенных и заключенных, больных инфекционными заболеваниями, отсутствие кроватей и уединенного туалета, отсутствие окон и т.д.

Позиция ВС РФ является неоднозначной. В основном такие условия содержания признаются основанием для компенсации морального вреда только лицам, ошибочно привлеченным к следствию и впоследствии оправданным судом, но не осужденным. Например, в Определении СКГД ВС РФ от 14 августа 2018 г. № 78-КГ18-38 ВС РФ справедливо отменил решения нижестоящих судов, которые посчитали достаточной суммой компенсации морального вреда лицу, необоснованно содержащемуся под стражей в неудовлетворительных условиях в течение трех лет, 150 тыс. руб., т.е. 132 руб. в сутки. ВС РФ указал, что такая компенсация является несоразмерно низкой, и удовлетворил иск полностью в размере 2 млн 366 тыс. руб. из расчета 2 тыс. руб. в день.

Но в другом деле, где иск о компенсации морального вреда предъявило не оправданное лицо, а отбывший наказание осужденный, ВС РФ сделал вывод, что, хотя условия содержания этого лица в тюрьме не соответствовали установленным нормативам, они не причинили ему нравственных страданий «с учетом индивидуальных особенностей потерпевшего» (Определение ВС РФ от 14 ноября 2017 г. № 84-КГ17-6).

Так, Суд указал, что «сами по себе нарушения личных неимущественных прав потерпевшего или посягательство на нематериальные блага не являются безусловными основаниями для удовлетворения требований о компенсации морального вреда. Обязательным условием

удовлетворения названных требований является факт причинения потерпевшему физических и нравственных страданий.

<...>

При установлении наличия или отсутствия физических и нравственных страданий, а также при оценке их характера и степени необходимо учитывать индивидуальные особенности потерпевшего и иные заслуживающие внимания фактические обстоятельства дела.

Таковыми обстоятельствами могут являться длительность пребывания потерпевшего в местах лишения свободы или в местах содержания под стражей, однократность / неоднократность такого пребывания; половая принадлежность лиц, присутствующих при осуществлении потерпевшим санитарно-гигиенических процедур в отсутствие приватности; возможность самостоятельного принятия потерпевшим или совместно отбывающими с ним наказание лицами мер по обеспечению приватности санитарно-гигиенических процедур; состояние здоровья и возраст потерпевшего; иные обстоятельства.

<...>

...Эти обстоятельства имеют существенное значение при решении вопроса о том, были ли причинены истцу реальные физические и нравственные страдания нарушениями...»

Более того, ВС РФ предложил соотнести степень вины причинителя вреда и потерпевшего. Таким образом, ВС РФ как бы намекает, что ужасающие условия содержания заключенных, переполненность камер, необеспечение изоляции напольных чаш (унитазов) от жилых помещений, а также уединенности при проведении санитарных процедур не причиняют нравственных страданий заключенным, поскольку они оказались в тюрьме, совершив преступление, и поэтому как будто заслуживают такого отношения.

Подобный подход является аморальным и неприемлемым. Любое лицо имеет право на уважение его чести и достоинства. Наказанием лица, совершившего преступление, является само по себе лишение свободы, но не физические и нравственные унижения со стороны представителей государства. Законным может являться сам факт нахождения осужденного в тюрьме, но это не исключает незаконности ненадлежащего содержания заключенных в камерах. В связи с этим отказ в возмещении вреда, причиненного заключенному неудовлетворительными условиями содержания в исправительном учреждении, представляется недопустимым, что подтверждается и практикой ЕСПЧ (постановления ЕСПЧ от 12 ноября 2015 г. «Морозов (Morozov) против Российской Федерации» (жалоба № 38758/05), от 7 мая 2015 г. по делу «Александр Дмитриев (Aleksandr Dmitriyev) против Российской Фе-



дерации» (жалоба № 12993/05), от 29 октября 2015 г. по делу «Измутдин Исаев (Izmutdin Isayev) против Российской Федерации» (жалоба №54427/08), от 26 февраля 2015 г. по делу «Евгений Богданов (Yevgeniy Bogdanov) против Российской Федерации» (жалоба № 22405/04) и др.) (см. также п. 3.5 настоящего комментария).

Для сбалансированного функционирования института компенсации морального вреда, причиненного в результате незаконного содержания под стражей, являлось бы предпочтительным установить (в законе или на уровне судебной практики) минимальные размеры сумм компенсаций, которые соотносились бы с критериями разумности и справедливости. Такие нормы установлены, например, в Германии (25 евро в день), в Греции (от 9 до 29 евро в день), Норвегии (150 евро за первые два дня, затем по 40 евро в день). В России с учетом рассмотренной практики ВС РФ минимальная сумма компенсации может составлять, например, 2 тыс. руб. за каждый день незаконного или необоснованного, ошибочного содержания под стражей. Представляется, что законодательное закрепление минимальных размеров компенсаций морального вреда за незаконное уголовное преследование могло бы способствовать защите прав и свобод потерпевших, правовой определенности, а также исполнению «пилотных» постановлений ЕСПЧ, требующих принимать системные меры для преодоления проблемы неудовлетворительных условий содержания в тюрьмах и СИЗО.

### ***2.3. Убытки за утрату шанса***

В доктрине и судебной практике вызывает споры возможность взыскания убытков за утрату шанса. В деликтах государства это актуально, например, в случаях незаконного отклонения заявок на участие в торгах. Проблема заключается в том, что точно неизвестно, победил бы заявитель в торгах или нет, следовательно, неизвестно, причинены ему убытки или нет. В частных деликтах обычно приводится пример о необоснованном отказе девушке в участии в конкурсе красоты; в некоторых странах суды взыскивают с организаторов конкурса убытки, пропорциональные вероятности победы истца.

В российской практике пока маловероятно удовлетворение подобного требования. Сложность заключается в доказывании: если несостоявшийся участник конкурса на заключение государственного контракта будет ссылаться на то, что ему причинены убытки незаконным отказом в допуске к торгам, вероятнее всего, он встретит следующие возражения: а) он мог бы и не выиграть эти торги; б) неизвестно, какова была бы его чистая прибыль от реализации контракта.

Эта проблема перекликается с проблемой взыскания упущенной выгоды: суды до недавнего времени были склонны устанавливать

слишком высокий стандарт доказывания, требующий почти 100%-й вероятности того, что прибыль была бы абсолютно точно получена. Однако ситуация может измениться с учетом тенденций в судебной практике к оценке убытков и причинно-следственной связи с разумной степенью достоверности (п. 5 ст. 393 ГК РФ, п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 3–5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Например, в делах о незаконном отклонении заявки участника конкурса может быть обосновано, что участник соответствовал условиям конкурса, его характеристики были качественно лучше, чем представленные участником, признанным победителем. Возможно, несостоявшийся участник ранее выигрывал аналогичные конкурсы и может представить расчет прибыли по предыдущим контрактам. При наличии доказательств реальности шанса победить на конкурсе вполне возможно определение размера упущенной выгоды в виде неполученного дохода с поправкой на процент вероятности победы на конкурсе. Это в полной мере вписывается в правило, согласно которому суд при невозможности доказать убытки с разумной степенью достоверности может рассчитать их на основе требований разумности, справедливости и соразмерности (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

В любом случае это в значительной мере вопрос доказывания, поэтому не должна отвергаться сама идея возмещения убытков за утрату шанса — вопрос должен решаться в каждом случае индивидуально с учетом всех обстоятельств дела.

#### ***2.4. Судебные издержки по делу***

В соответствии с процессуальным законодательством судебные издержки, в том числе расходы на оплату труда представителя, взыскиваются со стороны, не в пользу которой принят судебный акт (ст. 106, 110 АПК РФ, ст. 94, 98 ГПК РФ, ст. 106, 111, 112 КАС РФ). Судебные издержки можно считать убытками, взыскиваемыми в рамках специфического правового режима, поскольку они являются расходами, понесенными лицом для восстановления нарушенного права.

Если процессуальными кодексами не установлены основания и порядок возмещения судебных издержек, они могут быть взысканы как убытки в соответствии со ст. 15, 16, 1069 ГК РФ (см., например, Определение КС РФ от 20 февраля 2002 г. № 22-О, п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. № 5). Это означает, что для взыскания расходов на представителя в качестве убытков требуется наличие состава нарушения, т.е. противоправности, вины, причинно-следственной связи и вреда. Однако в некоторых спорах частных

лиц с государством, когда государственный орган оказывается неправ, незаконность его действий может быть неочевидна.

(а) В качестве примера можно привести категорию дел о возмещении расходов на оплату труда представителя при прекращении дела об административном правонарушении в связи с отсутствием состава правонарушения<sup>1</sup>.

В абзаце втором ч. 3 ст. 24.7 КоАП РФ установлено, что в случае, если административное дело прекращено по указанным в этой норме основаниям (в том числе в связи с отсутствием состава правонарушения), издержки относятся на счет федерального или регионального бюджета. Но ч. 1 ст. 24.7 КоАП РФ не называет в перечне издержек расходы на оплату труда представителя. В связи с этим на практике возникла неопределенность, подлежат ли возмещению такие расходы в случае прекращения дела в связи с отсутствием состава правонарушения.

Проблема заключается в неочевидности наличия оснований ответственности государства за вред, причиненный при применении предварительных мер административного принуждения, если впоследствии дело прекращено за отсутствием состава правонарушения.

КС РФ выразил позицию, что «[с]ам по себе то обстоятельство, что задержанное лицо не было впоследствии привлечено к административной ответственности и не предстало перед судом, не обязательно означает, что задержание было незаконным...» (Постановление КС РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П). ВАС РФ также указывал, что само по себе то обстоятельство, что лицо впоследствии не было привлечено к ответственности, не означает, что применение мер пресечения являлось незаконным; законодательство РФ не предусматривает в таких случаях компенсацию вреда, причиненного правомерными действиями, в связи с чем в требовании о возмещении вреда, причиненного законным проведением производства по делу об административном правонарушении, следует отказать (п. 8 Информационного письма ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

Однако в абзаце четвертом п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. № 5 содержится неоднозначное разъяснение: «Поскольку в случае отказа в привлечении лица к административной ответственности либо удовлетворения его жалобы на постановление о привлечении к административной ответственности этому лицу причиняется вред в связи с расходами на оплату труда лица, оказы-

---

<sup>1</sup> Проблема возмещения убытков (не являющихся судебными издержками), причиненных в случае прекращения административного или уголовного дела в связи с отсутствием состава правонарушения, более подробно рассмотрена в п. 4.3 настоящего комментария.

вавшего юридическую помощь, эти расходы на основании статей 15, 1069, 1070 ГК РФ могут быть взысканы в пользу этого лица за счет средств соответствующей казны...» Имеет ли в виду ВС РФ, что самого по себе факта прекращения дела в связи с отсутствием состава нарушения достаточно для возмещения расходов на представителя? Судебная практика даже самого ВС РФ по этому вопросу не является единообразной.

В некоторых случаях СКГД ВС РФ, ссылаясь на позицию КС РФ, отказывает в возмещении расходов на представителя в качестве убытков в соответствии со ст. 15, 16, 1069, 1070 ГК РФ. При этом Суд указывает, что «[д]ействия сотрудников органов внутренних дел в процессе производства по делу об административном правонарушении в отношении истца в установленном порядке незаконными не признаны, а прекращение производства по делу об административном правонарушении само по себе не свидетельствует о незаконности действий государственного органа или должностного лица» (Определение СКГД ВС РФ от 15 января 2019 г. № 2-КГ18-12).

В другом случае, где лицо было ошибочно задержано, а впоследствии административное дело было прекращено в связи с отсутствием состава правонарушения, ВС РФ также отказал в возмещении расходов на оплату труда представителя, ссылаясь на отсутствие вины и противоправности в действиях уполномоченного органа (Определение СКГД ВС РФ от 20 августа 2019 г. № 19-КГ19-12) (см. также п. 4.3 настоящего комментария).

В то же время встречаются и дела, где СКГД ВС РФ придерживается противоположной позиции и указывает, что «неправомерность действий органа внутренних дел... подтверждается вступившим в законную силу решением... суда... в соответствии с которым производство по делу об административном правонарушении прекращено ввиду недоказанности обстоятельств по делу.

Указанное свидетельствует о необоснованности привлечения истца к административной ответственности и в силу вышеприведенных разъяснений Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5 является достаточным основанием для возложения на указанный орган обязанности по возмещению вреда, выразившегося в расходах на оплату труда лица, оказывавшего юридическую помощь в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении, что судом при разрешении спора оставлено без внимания» (Определение СКГД ВС РФ от 14 августа 2018 г. № 11-КГ18-18).

Правильным представляется подход, предполагающий взыскание за счет бюджета расходов на представителей на основании самого

по себе факта прекращения административного дела в связи с отсутствием состава правонарушения. Этот вариант в наибольшей степени соответствует логике объективного (безвиновного) взыскания судебных расходов по гражданским делам и позволяет гарантировать полное возмещение вреда, причиненного необоснованным вмешательством в частную сферу, даже если его неоправданность (ошибочность) была выявлена впоследствии.

(б) Другой категорией дел, где возникают проблемы соотношения судебных издержек и оснований ответственности государства, являются случаи оспаривания кадастровой оценки. В Постановлении КС РФ от 11 июля 2017 г. № 20-П рассматривалось дело о возмещении расходов на оплату труда представителя в споре об уточнении кадастровой стоимости объекта недвижимого имущества. Проблема заключается в том, что изначально кадастровая стоимость устанавливается общим методом оценки всех помещений в определенном районе, который не предполагает учета индивидуальных особенности каждого помещения. В связи с этим результат оценки может неточно отражать рыночную стоимость объекта. Для таких случаев в КАС РФ установлен специальный порядок уточнения (оспаривания) кадастровой стоимости объекта недвижимого имущества (гл. 25 КАС РФ).

В п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 30 июня 2015 г. № 28 разъяснено, что в случаях, когда удовлетворение требований об установлении в отношении объекта недвижимости его рыночной стоимости сводится к реализации в судебном порядке права заявителя, административного истца на установление кадастровой стоимости в размере рыночной, которое не оспаривается привлеченным к участию в деле заинтересованным лицом, административным ответчиком ни по основаниям возникновения, ни по содержанию (в частности, по размеру рыночной стоимости), судебные расходы относятся на заявителя, административного истца. В случае же удовлетворения требований об оспаривании результатов определения кадастровой стоимости на основании недостоверности сведений об объекте оценки, в том числе в связи с исправлением кадастровой ошибки в сведениях, судебные расходы взыскиваются с органа, утвердившего результаты государственной кадастровой оценки. Если кадастровая стоимость была пересмотрена в связи с технической ошибкой в сведениях об объекте оценки, судебные расходы относятся на орган, допустивший такую ошибку. При удовлетворении требований об оспаривании решения или действий (бездействия) комиссии по рассмотрению споров о результатах определения кадастровой стоимости судебные расходы взыскиваются с государст-

венного органа, при котором она создана, за счет казны Российской Федерации.

КС РФ в Постановлении от 11 июля 2017 г. № 20-П уточнил, что установление кадастровой стоимости равной рыночной, будучи законным способом уточнения одной из основных экономических характеристик объекта недвижимости, в том числе в целях налогообложения, само по себе не опровергает предполагаемую достоверность ранее установленных результатов государственной кадастровой оценки. Вместе с тем если обстоятельства конкретного дела свидетельствуют о том, что кадастровая стоимость изначально являлась ошибочной, то судебные издержки могут быть возложены на муниципальный орган.

В результате КС РФ признал применимые к делу положения КАС РФ и АПК РФ не соответствующими Конституции РФ в той мере, в какой этими положениями — по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, — при отсутствии возражений ответчика, административного ответчика на требования истца, административного истца фактически исключается возможность присуждения судебных расходов лицу, чье исковое заявление, административное исковое заявление об установлении кадастровой стоимости объекта недвижимости в размере его рыночной стоимости удовлетворено судом, даже в тех случаях, когда:

– ранее определенная в порядке массовой оценки кадастровая стоимость данного объекта настолько превышает его кадастровую стоимость, установленную судом в размере его рыночной стоимости, что это может свидетельствовать о повлекшей нарушение прав соответствующего лица ошибке, допущенной при формировании методики определения кадастровой стоимости или при ее применении к конкретному объекту недвижимости; и (или)

– понесенные этим лицом судебные расходы не связаны с его процессуальным поведением после подачи иска, административного иска.

Это Постановление КС РФ отражает общую идею признания судебных издержек убытками и подчеркивает, что они могут быть взысканы только в случаях, если действия «проигравшей» стороны можно считать упречными. Данный подход изложен и в п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 21 января 2016 г. № 1, согласно которому не подлежат распределению между лицами, участвующими в деле, издержки, понесенные в связи с рассмотрением требований, удовлетворение которых не обусловлено установлением фактов нарушения или оспаривания прав истца ответчиком, административным ответчиком.

Вместе с тем представляется, что этот подход не должен сужать возможные основания ответственности государства (муниципального

образования). В данной категории дел стоило бы обратить внимание на организационную вину государства и муниципалитетов, которые установили в публичных интересах (для взимания налогов) систему определения кадастровой стоимости, в которой изначально заложен риск ошибки, бремя исправления которой почему-то ложится на частное лицо. В этом аспекте может быть поставлен вопрос о несоразмерности такого правового регулирования и о ненадлежащем учете интересов частного лица. Более логичным представляется исправление неточности кадастровой стоимости объектов за счет государства (муниципального образования), а не частных лиц.

### **3. Незаконность**

Статьи 16, 1069 ГК РФ и ст. 53 Конституции РФ прямо устанавливают, что государство несет ответственность за вред, причиненный *незаконными* действиями (или бездействием) государственных органов и их должностных лиц. Таким образом, в деликтах государства отражается общее условие о противоправности как условии ответственности.

#### ***3.1. Незаконность как причинение вреда, не обусловленного публичным интересом***

Если применительно к частным деликтам может быть обосновано мнение, что причинение любого вреда предполагается противоправным, то в деликтах государства установить противоправность сложнее. Это обусловлено тем, что государство уполномочено на ограничение прав частных лиц, а следовательно, и на причинение им убытков. Однако сфера вторжения государства в интересы частных лиц не бесконечна — она ограничена законом и принципами права. Если действия уполномоченных государством лиц выходят за пределы, установленные законом или принципами права, они являются незаконными.

В этом смысле незаконность должна трактоваться не только как формальные нарушения конкретных норм права, но и как любое необоснованное вмешательство государства в частную сферу и (или) причинение любого вреда, не обусловленного предписаниями закона и соразмерным публичным интересом.

Проще всего обосновать незаконность, когда действия (бездействие) государственного органа прямо противоречат какой-либо статье закона (например, таможенный орган нарушил установленные сроки выпуска товара, регистрирующий орган зарегистрировал право на недвижимое имущество вопреки имеющемуся основанию для отказа, муниципальный орган отказал в предоставлении земельного участка, несмотря на соблюдение заявителем всех требований закона, право-

охранительные органы осуществили задержание или применили иные меры принуждения без соблюдения процедурных правил и т.д.).

Вместе с тем иногда частным лицам причиняется не оправданный публичными целями вред, но при этом конкретная норма права может быть не нарушена. В качестве примера можно привести упомянутую категорию дел об ответственности государства за необеспечение сохранности арестованного имущества, переданного на хранение третьим лицам (подп. «б» п. 1.3 настоящего комментария). Формально с точки зрения публичного права действия уполномоченного органа соответствуют нормам права: он правомерно применил меру обеспечения в виде ареста, привлек хранителя и передал ему имущество. Однако, если хранитель повредил или утратил арестованное имущество, частному лицу причиняется вред, не обусловленный законом или каким-либо публичным интересом, а потому причинение такого вреда противоправно и влечет обязанность государства возместить этот вред.

### ***3.2. Незаконность как нарушение принципов права***

Незаконность может выражаться в нарушении некоторых общих принципов права, которые выводятся из Конституции РФ и международных актов.

Таковыми принципами могут быть принцип неприкосновенности частной собственности, защиты свободы и личной неприкосновенности, а также других прав, принципы разумности, обоснованности, соразмерности, непротиворечивости, справедливости и т.д. В Германии также выделяются обязанности должностных лиц действовать последовательно, пропорционально, конструктивно, быстро разрешать дела, бережно относиться к частным лицам и их имуществу, безошибочно использовать усмотрение и т.д. Все эти принципы не всегда прямо закреплены в законе, но это не означает, что их нарушение не является основанием ответственности государства.

КС РФ неоднократно отмечал, что суд должен оценивать законность действий (бездействия) органа государственной власти или должностного лица не только с точки зрения соблюдения пределов предоставленных им законом (т.е. формально определенных) полномочий, но и с точки зрения обоснованности таких действий, т.е. их соответствия конституционным требованиям справедливости, соразмерности и правовой безопасности (Постановление КС РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П; определения КС РФ от 17 января 2012 г. № 149-О-О, от 2 ноября 2011 г. № 1463-О-О, от 28 февраля 2019 г. № 291-О и др.).

Незаконность как нарушение принципов права имеет важное значение также в случаях, когда полномочия представителей власти сформулированы в законе довольно абстрактно (например, «применение всех



необходимых мер», «при наличии достаточных оснований полагать» и т.д.). В таких случаях законность реализации должностными лицами своих дискреционных полномочий может оцениваться не иначе как исходя из принципов разумности, достаточности, справедливости, непротиворечивости, надлежащего учета прав и свобод частных лиц и т.д.

Например, в соответствии со ст. 64 Закона об исполнительном производстве судебный пристав-исполнитель вправе совершить исполнительные действия, указанные в этой статье. Данный перечень является неисчерпывающим: в п. 17 ч. 1 названной статьи указывается на допустимость совершения иных действий, необходимых для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов. При толковании указанной нормы требуется акцентировать внимание не на слове «вправе», а на словах «для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов». Это означает, что формулировка «вправе» предполагает не бесосновательное усмотрение судебного пристава-исполнителя, а осуществление его дискреционных полномочий согласно обстоятельствам каждого дела и в соответствии с принципами разумности, достаточности и обоснованности.

Данный подход отражен в практике ВС РФ. В п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 разъясняется, что бездействие судебного пристава-исполнителя может быть признано незаконным, если он имел возможность совершить необходимые исполнительные действия и применить необходимые меры принудительного исполнения, направленные на полное, правильное и своевременное исполнение требований исполнительного документа в установленный законом срок, однако не сделал этого, чем нарушил права и законные интересы стороны исполнительного производства.

Аналогичный подход применим и к оценке действий правоохранительных органов, поскольку УПК РФ и КоАП РФ также не содержат полного перечня действий, которые должны совершить уполномоченные органы для расследования правонарушений.

Во всех перечисленных, а также иных аналогичных случаях незаконность будет оцениваться через анализ поведения уполномоченных должностных лиц с точки зрения принятия или непринятия всех достаточных и разумных мер, которые требовались от должностного лица в каждом конкретном случае. В этом аспекте противоправность практически сливается с виной, поскольку не проявление должной степени заботливости и осмотрительности при исполнении полномочий будет одновременно свидетельствовать и о вине, и о незаконности. При этом вина в данном случае оценивается объективно, без учета личных характеристик государственного служащего, совершившего деликт

(см. подробнее п. 4.2 настоящего комментария). Такие обстоятельства могут приниматься во внимание только при решении вопроса об удовлетворении регрессного иска к должностному лицу (ст. 1081 ГК РФ).

### ***3.3. Незаконность как приложение недостаточных усилий***

Если государственный служащий или орган действовал должным образом, но не смог добиться положительного результата, это не во всех случаях будет говорить о правомерности его действий. Решение будет зависеть от того, допускается ли в соответствии с законодательством такой отрицательный результат и считается ли он частью обычного жизненного риска граждан и организаций. В качестве аналогии можно привести деление обязательств на обязательства по достижению результата и приложению усилий. Несмотря на то что это разграничение в настоящее время вызывает споры, оно все же может быть иллюстративным при определении характера тех или иных публичных обязанностей государства. Например, в сфере исполнительного производства признается, что ФССП России не гарантирует полного исполнения судебного решения, поскольку невозможность его исполнения во многом может зависеть от должника и от фактического отсутствия у него имущества. Поэтому на судебных приставах-исполнителей может быть возложена только обязанность совершить все возможные действия, но это не гарантирует положительного результата в виде полного исполнения судебного решения (п. 85 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50). В связи с этим само по себе неисполнение судебного акта не свидетельствует о незаконности действий судебных приставов-исполнителей — для оценки противоправности требуется проанализировать, какие действия они совершили, могли и должны были совершить для надлежащего исполнения судебного акта.

Контрольно-надзорные органы также не могут гарантировать абсолютного порядка и безопасности в контролируемой сфере, поскольку даже при безукоризненном соблюдении ими должностных обязанностей могут происходить пожары, чрезвычайные ситуации, обрушения зданий, заражения, отравления, банкротство банков и т.д. Поэтому сами по себе негативные явления в жизни общества не говорят об ответственности государства. Для установления незаконности требуется проверить, были ли приняты все достаточные и разумные меры для предотвращения или устранения негативных последствий. При этом должно учитываться соблюдение не только формально установленных требований (например, проведение плановых проверок), но и принципов своевременности, достаточности, разумности проводимых мероприятий. Например, в упоминавшемся выше (п. 1.4) деле о причинении истцу вреда в связи с обрушением на его автомобиль

незаконно размещенной рекламной конструкции, собственник которой неизвестен, ВС РФ возложил ответственность на публично-правовое образование, уполномоченный орган которого не совершил всех надлежащих действий по выявлению и сносу незаконно размещенных рекламных конструкций. Было установлено, что мероприятия по выявлению незаконно размещенных объектов проводились менее чем за месяц до обрушения рекламного щита, однако улица, на которой был расположен спорный рекламный щит, не являлась объектом исследования (Определение СКГД ВС РФ от 28 февраля 2017 г. № 46-КГ16-32). В связи с этим был сделан вывод о недостаточности контроля со стороны уполномоченного органа.

На правоохранительные органы также не возлагается обязанность гарантировать результат — обеспечение отсутствия преступлений, а если они все же совершены — поимку правонарушителя и привлечение его к ответственности. Законодательством устанавливается только примерный перечень мер, которые должны совершить уполномоченные лица, но если преступление все-таки совершено, а преступник не найден, само по себе это обстоятельство не будет свидетельствовать об ответственности государства в лице правоохранительных органов. Для возмещения вреда потребуются установить, что уполномоченные органы не совершили всех надлежащих мер, требуемых от них в соответствии с законодательством и обстоятельствами дела. При этом должны учитываться не только формальные требования закона, но и принципы разумности, достаточности и т.д.

С этой точки зрения можно усмотреть некоторое сходство «обязанностей по приложению усилий» с дискреционными полномочиями государственных органов и их должностных лиц, поскольку именно при реализации предоставленного усмотрения необходимо оценивать, насколько разумными и достаточными были действия (усилия) соответствующего субъекта.

#### ***3.4. Незаконность как негативный результат***

Негативный результат деятельности государственных органов может оцениваться как незаконность, когда ошибка или отрицательный результат их деятельности не обусловлены характером осуществляемых функций, когда отрицательный результат деятельности государства не является частью обычного жизненного риска. Например, если вред причинен в результате ошибок информационных систем, находящихся в ведении государственных органов, сама по себе такая ошибка должна свидетельствовать о незаконности вне зависимости от того, принимали ли должностные лица необходимые меры для правильного функционирования соответствующей системы. Это

актуально, например, для случаев, когда лицу запрещают выезд за границу в связи с ошибочными сведениями в информационной системе ФССП России о наличии задолженности или лицу отказывают в выдаче лицензии в связи с ошибочными сведениями в информационной системе о неуплате налогов.

Данная позиция не всегда единообразно применяется на практике. В Определении КС РФ от 2 июля 2013 г. № 1049-О рассматривается следующее дело. Заявитель был остановлен инспектором ГИБДД. Инспектор, воспользовавшись базой данных ГИБДД, на месте установил, что в отношении заявителя имеется вступившее в силу постановление мирового судьи о лишении его права управления транспортными средствами. Хотя заявитель и утверждал обратное, инспектор составил протокол об административном правонарушении и об административном задержании. Однако впоследствии было установлено, что постановление мирового судьи не вступило в силу (заявителем была подана апелляционная жалоба), вследствие чего дело в отношении заявителя было прекращено за отсутствием состава административного правонарушения. При попытке заявителя взыскать с государства вред, причиненный задержанием, суд ему отказал, посчитав, что действия инспектора ГИБДД соответствовали закону, в связи с чем убытки не подлежат возмещению. Заявитель обратился в КС РФ с жалобой о признании неконституционными ст. 1069, 1070 ГК РФ в той части, в какой они позволяют считать законным административное задержание лица, в отношении которого производство по делу об административном правонарушении впоследствии было прекращено в связи с отсутствием состава административного правонарушения, что исключает возможность возмещения должностными лицами морального вреда, причиненного их незаконными действиями, независимо от их вины.

КС РФ хотя и отказал в принятии жалобы к рассмотрению, но сделал важное уточнение, что «суды должны оценивать законность действий не только того должностного лица, которое непосредственно осуществило административное задержание, но и других должностных лиц, действия или бездействие которых обусловили применение данной принудительной меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении». По всей видимости, КС РФ имел в виду, что хотя действия инспектора ГИБДД являлись формально правомерными, но их незаконность выражалась в том, что должностные лица не обеспечили надлежащее функционирование информационной системы, что само по себе должно учитываться при решении вопроса об ответственности государства.

### ***3.5. Незаконность как организационные ошибки***

Как в рассмотренных случаях ошибок информационных систем, так и в некоторых других ситуациях бывает затруднительно установить, какие именно действия должностных лиц и государственных органов необходимо признать незаконными для возмещения вреда. Иногда вред причиняется не конкретными действиями определенных должностных лиц, а ненадлежащей организацией власти в каком-либо государственном органе или публично-правовом образовании в целом. Это может проявляться в таких системных проблемах, как чрезмерная загрузка судов, длительное неисполнение судебных актов, ненадлежащие условия содержания заключенных в тюрьмах, некачественное управление, недостаточное финансирование, недолжное взаимодействие государственных органов и т.д. В таких случаях неочевидность незаконности каких-либо конкретных действий (бездействия) определенных должностных лиц или органов не означает, что государство не несет ответственности за ненадлежащее исполнение своих публичных функций.

Например, в Федеральном законе от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» установлен случай возмещения вреда, причиненного организационной виной государства. Незаконность оценивается не применительно к действиям конкретного судьи или судебного пристава-исполнителя, а в отношении государства в целом, которое не смогло надлежащим образом организовать судебную систему и процесс исполнения судебных актов.

Другой пример — ненадлежащие условия содержания заключенных в тюрьмах. Не всегда можно найти конкретное должностное лицо, незаконные действия которого привели к причинению вреда, — причинами проблемы являются и переполненность данных учреждений, и отсутствие надлежащей инфраструктуры, медицинского обеспечения, возможно, недостаток финансирования и т.д. Эту проблему для России ЕСПЧ признает системной и указывает, что государство не может избежать ответственности за необеспечение удовлетворительного содержания заключенных, ссылаясь на то, что незаконные и виновные действия конкретных должностных лиц и органов не установлены (постановления ЕСПЧ от 10 января 2012 г. по делу «Ананьев и другие (Ananyev and Others) против Российской Федерации» (жалобы № 42525/07 и 60800/08), от 12 ноября 2015 г. по делу «Морозов (Morozov) против Российской Федерации» (жалоба № 38758/05), от 7 мая 2015 г. по делу «Александр Дмитриев (Aleksandr Dmitriyev) против Российской Федерации» (жалоба № 12993/05) и др.).

Организационную вину также можно усмотреть, например, в ситуациях, когда объект, в отношении которого было выдано разрешение на строительство или зарегистрировано право собственности, признается самовольной постройкой. Несмотря на то что действия муниципального органа по признанию объекта самовольной постройкой могут быть законными, сама по себе непоследовательность государственных органов в вопросе о правомерности или неправомерности возведения какого-либо строения может считаться основанием возмещения вреда. В одном из дел ВАС РФ отметил, что предприниматель мог полагать, что при предоставлении ему земельного участка для строительства спорного объекта местная администрация учла требования Воздушного кодекса РФ. Поэтому предприниматель вправе обратиться в арбитражный суд с требованиями к органу государственной власти или местного самоуправления о возмещении причиненного незаконными действиями (бездействием) соответствующего органа ущерба, включающего расходы по строительству и сносу спорного объекта (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 июля 2009 г. № 1034/09).

В ряде дел ЕСПЧ также отмечал, что отсутствие компенсации за снос самовольных построек, в отношении которых были выданы разрешения на строительство или зарегистрировано право собственности, не соотносится с требованиями ЕКПЧ (постановления от 11 октября 2005 г. по делу «N.A. и другие (N.A. and Others) против Турции» (жалоба № 37451/97), от 21 апреля 2016 г. по делу «Иванова и Черкезов (Ivanova and Cherkezov) против Болгарии» (жалоба № 46577/15)).

В постановлении Правительства Москвы от 8 декабря 2015 г. № 829-ПП «О мерах по обеспечению сноса самовольных построек на отдельных территориях города Москвы» устанавливалось право на получение компенсации собственниками объектов, признанных самовольными постройками, если права на них были зарегистрированы в Едином государственном реестре недвижимости, при подтверждении исключения записи о собственности из реестра (п. 11, 12).

Некоторое время назад получили распространение случаи, когда охранные зоны не были зарегистрированы в установленном порядке, и добросовестные лица строили, продавали объекты недвижимого имущества, не зная, что строительство в этой зоне запрещено. Ввиду отсутствия каких-либо публичных сведений о таких охранных зонах муниципальные органы выдавали разрешение на строительство, а регистрирующие органы подтверждали право собственности на данные объекты. Вместе с тем впоследствии собственники газопроводов, нефтепроводов, аэропортов и других объектов стали обращаться в суд с требованиями снести здания в охранный зоне соответствующего объ-

екта как самовольные постройки. Несмотря на отсутствие каких-либо публичных сведений об охранной зоне в кадастре и на добросовестность собственников построенных зданий, суды удовлетворяли иски о сносе самовольных построек исходя из требований безопасности и необходимости охраны жизни и здоровья граждан (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 27 сентября 2016 г. по делу № 309-ЭС16-5381). Более того, указывалось, что в силу ст. 222 и 263 ГК РФ снос самовольной постройки должен быть осуществлен за счет владельца самовольной постройки. В результате на добросовестных лиц возлагались все риски, связанные с публичными ограничениями, что явно необоснованно смещало баланс интересов в пользу субъектов, осуществляющих публичные функции.

КС РФ, рассматривая эту проблему, отметил, что само по себе возведение гражданами построек в зоне минимальных расстояний до магистральных или промышленных трубопроводов осуществлялось на определенном историческом этапе в условиях неразвитости нормативно-правового регулирования деятельности местных органов власти по предотвращению такого строительства, а также недостаточности законодательно установленных мер по обеспечению публичной доступности в земельных правоотношениях сведений об ограничениях на возведение построек в привязке к конкретным земельным участкам. Ответственность за непринятие таких мер, повлекшее негативные последствия для граждан, не может быть снята с государственных органов, призванных в силу своего особого публично-правового статуса обеспечивать правовую основу для реализации гражданами их прав и обязанностей, включая право собственности и обязанность выполнять нормативные предписания, которые должны быть доведены в надлежащей форме и с необходимыми для исполнения ориентирами до сведения граждан (Постановление КС РФ от 3 июля 2019 г. № 26-П).

Этот случай можно считать примером организационной вины государства, когда в результате ненадлежащего взаимодействия нескольких публичных институтов права частного лица были нарушены. На урегулирование этой проблемы направлен Федеральный закон от 3 августа 2018 г. № 342-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации». Этим Законом была введена ст. 57.1 ЗК РФ, уточняющая порядок возмещения вреда, причиненного сносом самовольных построек в зонах с особыми условиями использования территорий. В ст. 26 упомянутого Закона устанавливаются особенности возмещения вреда, причиненного до его вступления в силу (ч. 22, 23, 24, 29–33, 35,

36, 41–43) (о компенсациях за ограничение прав на землю см. также п. 6 комментария к ст. 16.1 ГК РФ).

Перечисленные примеры позволяют отметить тенденцию к возможности оценки незаконности не только в отношении конкретного действия определенного должностного лица, но и в целом применительно к организации публично-правовым образованием системы исполнения своих публичных функций. Однако в настоящее время в большинстве случаев право на возмещение вреда, причиненного организационной виной государства, констатируется не судами, а самим публично-правовым образованием, которое или самостоятельно выплачивает компенсации пострадавшим, или устанавливает в законе основания и порядок их получения. Поддерживая добровольность возмещения вреда, все же стоит отметить, что такая практика создает впечатление отсутствия права на возмещение вреда, причиненного организационной виной, без специального указания закона. Представляется, что это обстоятельство связано прежде всего с затруднительностью установления оснований ответственности государства за системные ошибки. Однако по мере признания государством своей ответственности за некачественное государственное управление можно ожидать восприятие судами данной позиции в качестве универсальной. Это позволит обеспечить возмещение вреда в полном размере в соответствии с правилами деликтного права, а не установленными публично-правовым образованием условиями своей ответственности.

### ***3.6. Субъективная противоправность и чистые экономические убытки***

Незаконность может проявляться и в самом по себе нарушении субъективных прав граждан и организаций, т.е. в их несоразмерном, непропорциональном ограничении.

На этом подходе основывается практика ЕСПЧ, который в каждом конкретном деле оценивает, допустило ли государство нарушение гарантированных ЕКПЧ прав гражданина или организации. Среди критериев соразмерности ограничения права человека ЕСПЧ указывает значимость публичного интереса, ради которого ограничиваются частные права, наличие какой-либо компенсации, тяжесть проступка, в связи с которым применяется ограничение.

Например, по делу «Гладышева (Gladysheva) против Российской Федерации» (жалоба № 7097/10) ЕСПЧ установил несоразмерность публичного интереса в истребовании от добросовестного приобретателя жилого помещения, выбывшего из владения публично-правового образования помимо его воли, частному интересу данного приобретателя в единственном жилом помещении. На этом основании было признано нарушение государством права заявительницы на ее имуще-



ство и жилище, хотя формально государственные и муниципальные органы действовали в пределах предоставленных полномочий.

Важным является вопрос о том, нарушение каких субъективных прав может считаться значимым для целей возмещения вреда. Это только абсолютные права граждан и организаций или любые права, в том числе относительные или связанные исключительно с возможностью получения прибыли?

Например, в Германии в § 823 ГГУ установлен перечень абсолютных прав, нарушение которых влечет право на возмещение вреда в соответствии с деликтным правом. Но, несмотря на это, государство несет ответственность за нарушение любых прав, а не только поименованных в ГГУ. Поэтому в немецком правопорядке подлежат возмещению и чисто экономические убытки, причиненные государством.

ЕСПЧ, будучи связанным перечнем прав, перечисленных в ЕКПЧ, для констатации ответственности государства за чисто экономические убытки использует широкое толкование права собственности и понятия «имущество» (ст. 1 Протокола № 1 к ЕКПЧ), которые включают в себя не только абсолютные права на вещи, но и имущественные права, интересы, в том числе доход от предпринимательской деятельности, а также созревшее право на получение дохода в будущем. Так, ЕСПЧ отмечает, что «понятие «собственность» не сводится к «существующей собственности», а может охватывать активы, включая требования, в отношении которых заявитель может доказать, что он имеет как минимум «правомерное ожидание» получения этого имущества или прибыли от эффективного использования имущественного права...» (постановления ЕСПЧ от 30 ноября 2004 г. по делу «Енерилдыз (Öneryıldız) против Турции» (жалоба № 48939/99), от 16 июня 2015 г. по делу «Чирагов и другие (Chiragov and Others) против Армении» (жалоба № 13216/05), от 1 апреля 2010 г. по делу «Денисова и Моисеева (Denisova and Moiseyeva) против Российской Федерации» (жалоба № 16903/03)).

В России не установлен четкий перечень прав, нарушение которых влечет обязанность возместить причиненный вред, но некоторые положения законодательства могут ввести правоприменителей в заблуждение. Так, ст. 1064 ГК РФ указывает на обязанность возместить вред, причиненный «личности и имуществу» лица. Статья 15 ГК РФ указывает на возмещение убытков лицу, «право которого нарушено». Устанавливая основания для признания действия должностного лица или органа незаконным, АПК РФ и КАС РФ требуют обосновать, что оно нарушает не только норму права, но и права заявителя (ч. 4 ст. 200 АПК РФ, ч. 9 ст. 226 КАС РФ). Означает ли это, что для возмещения

вреда, причиненного объективно незаконным актом (действием) государственного органа, требуется дополнительно доказать, что этим актом, действием нарушаются какие-либо субъективные права потерпевшего? Представляется, что нет.

Критерий нарушения прав потерпевшего оспариваемым актом в КАС РФ и АПК РФ требуется для предотвращения оспаривания административных актов лицами, на имущественную и иную сферу которых они не оказывают никакого влияния (см., например, п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50). Поэтому фактически под нарушением прав истца актом государственного органа в АПК РФ и КАС РФ должно пониматься не столько нарушение абсолютных прав, сколько обоснование воздействия этого акта на любые права и свободы потерпевшего и наличие у него законного интереса в оспаривании. Само по себе наличие убытков уже должно означать, что акт затрагивает права, свободы и законные интересы заявителя, в связи с чем представляется, что для взыскания убытков с государства не требуется дополнительно обосновывать, что «объективно» незаконный акт (действие) нарушает какие-либо абсолютные права потерпевшего.

Слова «вред, причиненный личности и имуществу гражданина» в ст. 1064 ГК РФ могут толковаться аналогично практике ЕСПЧ, согласно которой в понятие «имущество» входит не только право собственности на вещи, но и имущественные права и имущественная сфера лица в целом. Что касается формулировки ст. 15 ГК РФ о «лице, право которого нарушено», может быть обосновано, что имеется в виду нарушение любого права, не только абсолютного. На практике при рассмотрении споров о возмещении вреда суды используют широкие формулировки, такие как «нарушение законных интересов заявителя в сфере коммерческой деятельности», «нарушение права заявителя на получение денежных средств из бюджета», «нарушение права заявителя на приватизацию земельного участка под принадлежащим ему объектом недвижимости», «нарушение права на достоверную информацию», «нарушение права собственности на денежные средства», «нарушение права на исполнение судебного акта», «нарушение права аренды», «нарушение права на исполнение судебного акта» и т.д.

Показательными являются бесспорные примеры возмещения чисто экономических убытков при наличии объективной противоправности: это дела о возмещении вреда, причиненного невозможностью исполнения судебного акта по вине судебного пристава-исполнителя, о возмещении упущенной выгоды в связи с незаконным прекраще-

нием (приостановлением) лицензии, о причинении вреда незаконным отказом в предоставлении арендованного земельного участка и др.

Вопрос о пределах возмещения чистых экономических убытков дебатруется в литературе (см. комментарий к п. 1 ст. 15 ГК РФ). Но в контексте ответственности государства нет никаких сомнений в том, что такие убытки подлежат возмещению. Это позволяет сделать вывод, что если действие (акт, бездействие) государственного органа является объективно незаконным (противоречит нормам и принципам права), то государство обязано возместить вред, причиненный нарушением не только абсолютных прав потерпевших, но и любых законных интересов частных лиц, в том числе интереса в получении прибыли или интереса в избегании лишних расходов.

Нарушение определенных в законе прав может считаться дополнительным условием ответственности государства только при компенсации морального вреда; в этом случае требуется доказать, что действиями делинквента нарушены личные неимущественные права либо осуществлено посягательство на нематериальные блага (ст. 151 ГК РФ).

Сложнее обстоит дело в случаях, когда формального нарушения закона нет, но по существу государство несоразмерно вторгается в имущественную сферу частных лиц, а нарушение абсолютных прав неочевидно. Эта проблема чаще всего возникает в градостроительной и строительной деятельности, когда предпринимателям причиняются убытки длительным и масштабным ремонтом улиц, перекрытием дорог, перепланировкой съездов и т.д. Суды в основном склонны считать такие действия властей правомерными, и вопрос о надлежащем учете предпринимательского интереса в градостроительной деятельности не ставится. Вместе с тем о несоразмерности вмешательства в имущественную сферу граждан и организаций может свидетельствовать наличие иных способов решения транспортной проблемы, необеспечение альтернативных способов подъезда к предприятиям потерпевших, отсутствие уведомления предпринимателя в разумный срок о начале ремонта и т.д. Поэтому представляется, что проблема в основном заключается в обосновании и доказывании несоразмерности действий государственных органов, а не в отрицании самой идеи возмещения чисто экономических убытков (о компенсациях за ограничение прав на землю см. также п. 6 комментария к ст. 16 ГК РФ).

### ***3.7. Незаконность и неконституционность***

Неоднозначным является вопрос о возмещении убытков, причиненных в результате применения закона, признанного впоследствии неконституционным.

С одной стороны, закон является нормативным правовым актом, и, если он признан не соответствующим акту более высокой юридической силы, это может свидетельствовать о незаконности по смыслу ст. 16 ГК РФ. Кроме того, принятие неконституционного акта и его исполнение может показаться организационной виной государства с учетом упречности действий и разработчиков такого закона, а также законодателя, принявшего этого акт, и судей, которые не воспользовались своим полномочием обратиться в КС РФ с заявлением о признании спорных норм неконституционными.

С другой стороны, в соответствии с господствующей теорией конституционного контроля, в России законодательная норма признается изначально неконституционной только в отношении заявителя в КС РФ. Для остальных участников оборота она прекращает свое действие только на будущее время. С этой позицией согласуются положения процессуальных кодексов, устанавливающие, что право на пересмотр судебных решений, принятых на основании нормы права, признанной неконституционной, имеется только у заявителя, в связи с жалобой которого было принято решение КС РФ, но не у иных лиц, в делах которых данная норма была применена (п. 3 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, п. 3 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 350 КАС РФ).

Изложенный подход поддерживается и КС РФ. В Постановлении КС РФ от 17 июня 2013 г. № 13-П были признаны неконституционными нормы законодательства о дополнительном социальном обеспечении членов летных экипажей в части придания регулированию обратной силы. Разъясняя это решение, КС РФ указал, что его постановления действуют только на будущее время, поэтому до признания соответствующих норм неконституционными противоправность в действиях должностных лиц по сбору налога отсутствовала, что исключает взыскание убытков с казны (Определение КС РФ от 8 декабря 2015 г. № 2737-О-Р).

Представляется, что такая позиция в большей мере основана не на теории деликтного права, а на политико-правовой идее стабильности оборота и финансовых опасениях взыскания с государства необъятных сумм уплаченных налогов за все время действия неконституционного акта. Эти интересы также заслуживают внимания и учета, однако с целью достижения баланса может быть обращено внимание на следующее.

КС РФ обладает исключительной компетенцией оценивать конституционность нормативных правовых актов. Гипотетически эта исключительная компетенция не предопределяет невозможности иных судов оценивать соответствие Конституции РФ не норм права,

а действий должностных лиц и государственных органов; вместе с тем возможность рассмотрения в качестве предмета неконституционности актов (действий или бездействий) государственных органов, а не неконституционных законов, на «основании» которых такие действия или бездействие совершаются, является весьма неоднозначной.

### **3.8. Процессуальные вопросы доказывания незаконности**

(а) Ранее в судебной практике являлся спорным вопрос о возможности обоснования незаконности акта, действия (бездействия) должностного лица или государственного органа непосредственно в деле о взыскании убытков без их оспаривания в специальном процессуальном порядке (гл. 24 АПК РФ, гл. 21, 22 КАС РФ). Проблема заключалась в том, что для оспаривания ненормативных актов, действий (бездействия) должностных лиц и государственных органов установлен специальный, усеченный срок давности — три месяца (ч. 4 ст. 198 АПК РФ, ч. 1 ст. 219 КАС РФ), и если лицо заявляло требование об убытках в соответствии с ГК РФ в пределах общего трехлетнего срока исковой давности, то могло показаться, что таким образом преодолевался пропущенный срок для оспаривания. Также существует разница в распределении бремени обоснования и (или) доказывания. При оспаривании акта государственного органа в специальном процессуальном порядке обязанность обосновать соблюдение процедурных правил при его принятии и его соответствие актам более высокой юридической силы возлагается на государственный орган (ч. 8, 9 ст. 213, ч. 10, 11 ст. 226 КАС РФ; ч. 6 ст. 194, ч. 5 ст. 200 АПК РФ). Если же лицо сразу заявляет требование об убытках, бремя обоснования и (или) доказывания противоправности лежит на истце.

Эти процессуальные различия оказались преодолимыми. В п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145 разъяснено, что допустимо не обжаловать в отдельном процессуальном порядке решение, действие, которым причинен ущерб, а сразу обращаться с требованием о возмещении убытков. В таком случае суд оценивает законность соответствующего акта при рассмотрении иска о возмещении вреда.

В п. 5 названного Информационного письма сглаживается и различие в распределении бремени обоснования и (или) доказывания: истец обязан представить доказательства, обосновывающие противоправность акта, органа, которыми истцу причинен вред, а на ответчике лежит бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия такого акта или решения либо для совершения таких действий (бездействия) (аналогично ч. 5 ст. 200 АПК РФ).

(б) Встречаются случаи, когда акт, в результате издания которого был причинен вред, отменен до его оспаривания или возмещения вреда. Это обстоятельство не может быть препятствием для оценки его незаконности как в рамках дела об оспаривании этого акта, так и в рамках рассмотрения иска о возмещении убытков (п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50). Суд оценивает законность акта и его воздействие на права, свободы и законные интересы потерпевшего на момент причинения вреда.

(в) Неоднозначным может показаться вопрос о пределах оценки законности и обоснованности акта, решения, действия (бездействия) государственного органа или должностного лица. Как было рассмотрено выше, незаконность может выражаться не только в нарушении конкретных норм права или процедуры его принятия, но и в несоответствии акта общим принципам права, а также критериям достаточности, обоснованности, последовательности и т.д.

В п. 62 Постановления Пленума ВС РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 указывается, что суд не осуществляет проверку целесообразности оспариваемых решений, действий (бездействия) органов государственной власти, принимаемых, совершаемых ими в пределах своего усмотрения в соответствии с компетенцией, предоставленной законом или иным нормативным правовым актом.

Однако в следующем абзаце этого пункта указывается, что превышение указанных полномочий либо использование их вопреки законной цели и правам, законным интересам граждан, организаций, государства и общества является основанием для признания оспариваемых решений, действий (бездействия) незаконными (п. 4 ч. 9 ст. 226 КАС РФ, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

В п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 50 об оспаривании нормативных актов также разъяснено, что, если оспариваемый акт принят в пределах полномочий органа или должностного лица с соблюдением требований законодательства к форме нормативного правового акта, порядку принятия и введения его в действие, суду следует проверить, соответствует ли содержание акта или его части нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу.

Далее ВС РФ ориентирует суды на довольно широкую сферу оценки нормативного правового акта: указывается, что требуется оценить соответствие этого акта не только нормам, указанным в заявлении, но и иным нормам (абзац второй п. 34), установить, является ли акт определенным (п. 35), и при этом учитывать не только буквальный текст оспариваемых норм, но и их место в системе права, взаимосвязи

с другими правовыми нормами, а также цели и условия принятия соответствующего нормативного правового акта (п. 37).

Эти разъяснения должны учитываться не только при оспаривании актов в специальном процессуальном порядке, но и при оценке незаконности непосредственно в деле об убытках.

В связи с изложенным можно сделать вывод, что суд при оценке незаконности акта государственного органа наделяется всеми необходимыми полномочиями для наиболее полного, всестороннего и содержательного решения вопроса о том, соответствуют ли акт, решение, действие государственного органа не только формальным требованиям закона, но и общим правовым предписаниям и принципам в целом.

В качестве примера можно привести Апелляционное определение СКАД ВС РФ от 3 июля 2019 г. № 53-АПА19-24. В этом деле ВС РФ признал неправомерным изменение функциональной и территориальной зоны в отношении спорного земельного участка, находящегося в частной собственности, с зоны застройки индивидуальными жилыми домами на зону городской рекреации, градостроительный регламент которой предусматривает возможность его использования неограниченным кругом лиц. Суд сослался на отсутствие обоснования необходимости такого изменения и на то, что само по себе наличие зеленых насаждений на земельном участке не может служить достаточным обоснованием изменения территориального планирования и градостроительного зонирования. В связи с этим решение муниципального органа было признано незаконным как нарушающее права собственника земельного участка (см. подробнее п. 6 комментария к ст. 16.1 ГК РФ).

Это дело демонстрирует широкий и правильный подход для оценки правомерности тех или иных действий или актов государственных органов или должностных лиц.

## **4. Вина**

### **4.1. Понятие вины**

В законодательстве РФ не содержится определения вины, но применительно к ответственности за нарушение обязательства закреплено определение невиновности. В соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

Вопрос о применении п. 1 ст. 401 ГК РФ к внедоговорному причинению вреда является спорным, особенно если это касается частных

деликтов. Вместе с тем в деликтах государства допустимо провести с этой нормой следующую аналогию: если в договорном отношении есть обязательство, которое необходимо исполнять надлежащим образом, то в отношениях между частными лицами и государством существуют определенные долженствования последнего, которые также требуется исполнять с учетом принципов заботливости и осмотрительности. Поскольку должностные обязанности государственных служащих (в широком смысле) устанавливаются ради общего блага, отступление представителей государства от возложенных на них (в том числе путем установления компетенции государственных органов и должностных лиц) обязанностей можно считать виновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, которая от них требовалась в соответствии с законом и принципами права, они не приняли всех необходимых мер для исполнения своих должностных обязанностей и для предотвращения вреда.

#### **4.2. Стандарт вины и соотношение с незаконностью**

Как было упомянуто в п. 3 настоящего комментария, незаконность действий государства трактуется достаточно широко и означает ненадлежащее исполнение государством своих публичных функций. Но иногда государственные служащие или органы не могут надлежаще исполнить свои обязанности в силу каких-либо «уважительных» причин. Такие причины могут быть разными, например личные обстоятельства (болезнь, незнание языка при оказании государственных услуг и т.д.), организационные проблемы (чрезмерная нагрузка, нехватка финансирования), обстоятельства непреодолимой силы (природные катастрофы, восстания и т.д.) и др. Подлежат ли учету какие-либо из этих или иных обстоятельств для решения вопроса об ответственности государства? Какой должен быть стандарт заботливости и осмотрительности при исполнении служебных полномочий?

Личные обстоятельства, которые могли привести к причинению вреда (например, низкая квалификация, болезнь, загруженность, не владение какими-то необходимыми навыками и т.д.), в любом случае не должны учитываться при оценке вины. Это следует из того, что частное лицо, вступая в отношения с государством, имеет право рассчитывать на взаимодействие с квалифицированным государственным служащим, который *a priori* считается знающим право и обладающим всеми необходимыми навыками для исполнения своих должностных обязанностей. Если этого не произошло, в этом можно усмотреть не отсутствие вины должностного лица, а организационную вину государства, которое не смогло надлежащим образом выбрать профессиональные кадры, обеспечить подготовку сотрудников, наладить системные



связи и т.д. То же самое можно сказать о болезни должностного лица, «текучке» кадров и прочих подобных обстоятельствах: если один работник заболел, это не может освободить государство от обязанности надлежащего исполнения публичной функции — полномочия данного работника должны быть возложены на других лиц, а также должна быть обеспечена устойчивая система заменяемости кадров. Поэтому личные обстоятельства и субъективные характеристики должностного лица, которое не смогло надлежащим образом исполнить свои обязанности, не имеют значения для решения вопроса об ответственности государства. Они могут только учитываться впоследствии при предъявлении регрессного требования к должностному лицу (ст. 1081 ГК РФ).

Тем более не могут оправдывать неисполнение государственных функций организационные проблемы, такие как недостаточное финансирование, системные сбои, неэффективное взаимодействие между государственными органами и т.п. В этих случаях может не быть вины конкретного должностного лица, но организационной вины государства вполне достаточно для констатации его ответственности (см. п. 3.5 настоящего комментария). Так, в п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 отмечается, что не могут рассматриваться как основания, оправдывающие превышение сроков исполнения исполнительных документов, обстоятельства, связанные с организацией работы структурного подразделения службы судебных приставов, например отсутствие необходимого штата судебных приставов-исполнителей, замена судебного пристава-исполнителя ввиду его болезни, отпуска, пребывания на учебе, нахождения в служебной командировке, прекращения или приостановления его полномочий (ч. 4 и 5 ст. 6.1 ГПК РФ, ч. 4 и 5 ст. 10 КАС РФ, ч. 4 и 5 ст. 6.1 АПК РФ).

Обстоятельства непреодолимой силы освобождают даже от строгой ответственности, поэтому вполне могут учитываться и при обосновании отсутствия вины государства. Например, если имущество, отданное приставом-исполнителем на хранение профессиональному хранителю, погибло в связи с обстоятельствами непреодолимой силы; это может являться основанием освобождения государства от ответственности.

Далее при определении должного стандарта поведения государственного служащего требуется выяснить, похожа ли ненадлежаще выполненная публичная функция на обязанность по приложению усилий или по достижению результата (см. п. 3.3 и 3.4 настоящего комментария). В публичных функциях, похожих на обязательства по приложению усилий, сам правопорядок осознанно допускает нежелательный результат деятельности (бездействия) определенных органов

(например, исполнение судебных актов, контрольно-надзорная, правоохранительная деятельность), и поэтому первоочередное значение имеет оценка того, какие действия уполномоченное лицо совершило и должно было совершить для достижения необходимого результата. Для этого используются критерии обоснованности, достаточности, последовательности, своевременности совершенных действий (см. п. 3.2 и 3.3 настоящего комментария).

Таким образом, в обязанностях государства, похожих на обязательства по приложению усилий, вина должностных лиц констатируется путем сопоставления их поведения с должным стандартом заботливости и осмотрительности квалифицированного государственного служащего. При этом не учитываются его субъективные качества и личные обстоятельства, а также организационные проблемы, которые могли препятствовать нормальному исполнению его обязанностей. Вина оценивается объективно: являлось ли поведение должностного лица разумным, достаточным, обоснованным в сложившейся обстановке и поступил бы так каждый осмотрительный государственный служащий.

Приближающийся к строгой ответственности стандарт заботливости и осмотрительности проявляется в тех публичных функциях, которые, согласно ранее проведенной аналогии, ближе к обязательствам по достижению результата. В этих случаях должной степенью заботливости и осмотрительности при исполнении публичных функций является соблюдение закона, поэтому сам противоправный, нежелательный, неправильный результат будет свидетельствовать и о незаконности, и о вине.

Например, если муниципальный орган согласовал строительство в определенной зоне, а затем оказалось, что в этой зоне строительство запрещено, не имеет значения, мог ли муниципальный служащий это знать, — муниципалитет будет нести ответственность за сам факт выявленной ошибки, равно как и за административную вину, которая проявляется в несогласованности, непоследовательности действий его органов. Разница с обязанностями по приложению усилий заключается в том, что нежелательный результат не обусловлен характером исполняемой функции и мог бы быть преодолен при надлежащей системе организации власти. Или, как в рассмотренных выше случаях сбоя информационных систем, не имеет значения, осуществляли ли уполномоченные должностные лица или органы их правильную эксплуатацию — сам системный сбой уже является достаточным основанием для констатации и вины, и незаконности.

Суды также склоняются к этой точке зрения, часто опровергая довод об отсутствии вины государственного органа (должностного

лица) ссылкой на то, что оспариваемое действие признано незаконным. Например, ВАС РФ в одном из дел отметил, что «ответственность применяется за неправомерные, а значит и виновные, действия (бездействие)...» (Постановление Президиума ВАС РФ от 17 января 2012 г. № 11405/11). Такая концепция применяется и во Франции, где считается, что объективной незаконности почти всегда достаточно для констатации вины, и эти условия ответственности не разделяются, а рассматриваются вместе как единое целое.

Однако это не означает, что ответственность государства является безвиновной, — формально на деликты государства распространяются общие условия деликтной ответственности, в том числе вина (Постановление КС РФ от 25 января 2001 г. № 1-П). Но стандарт должного поведения для оценки вины может дифференцироваться в зависимости от характера ненадлежаще выполненных публичных функций и совершенного деликта. Помимо этого должна учитываться не только вина непосредственных причинителей вреда, но и организационная вина государства, которая также является основанием его ответственности.

#### **4.3. Безвиновная ответственность**

Статьей 1070 ГК РФ установлены случаи, когда государством возмещается вред, причиненный независимо от вины должностных лиц правоохранительных органов и судей. Это:

- 1) осуждение;
- 2) привлечение к уголовной ответственности;
- 3) заключение под стражу;
- 4) подписка о невыезде;
- 5) административный арест;
- 6) административное приостановление деятельности.

Данная норма представляется несовершенной.

Текст п. 1 ст. 1070 ГК РФ сформулирован таким образом, что создается впечатление исчерпывающего перечня мер, на которые она распространяется. Это следует из того, что в п. 2 названной статьи указано, что вред, причиненный в результате незаконной деятельности правоохранительных органов, не повлекшей последствий, предусмотренных п. 1 этой статьи, возмещается по основаниям и в порядке, которые предусмотрены ст. 1069 ГК РФ. Но такое впечатление ошибочно. КС РФ сначала разъяснил, что п. 1 ст. 1070 ГК РФ распространяется на задержание по уголовному делу (Определение КС РФ от 4 декабря 2003 г. № 440-О), затем — что и на задержание по административному делу, а также и на все иные меры принуждения, посягающие на свободу и личную неприкосновенность граждан (Постановление КС РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П). Далее КС РФ подтвердил, что при-

вод и доставление тоже охватываются п. 1 ст. 1070 ГК РФ (Определение от 17 января 2012 г. № 149-О-О).

КС РФ разъяснил, что административное и уголовное задержание, а также привод и доставление по своему правовому режиму, степени применяемых ограничений и претерпеваемых в связи с этим ущемлений тождественны положению лиц, в отношении которых избраны такие меры пресечения, как содержание под стражей или административный арест. Эти меры пресечения по сути являются видами лишения свободы, и поэтому на них также должны распространяться гарантии, установленные ст. 1070 ГК РФ.

Позиция КС РФ заслуживает поддержки, поскольку сходные по своей правовой природе отношения должны регулироваться равным образом. Но все же текст ст. 1070 ГК РФ неточно отражает эту идею. В п. 1 ст. 1070 ГК РФ закреплены не только меры, посягающие на свободу и личную неприкосновенность, но и меры, посягающие на иные права (например, административное приостановление деятельности, привлечение к уголовной ответственности в виде штрафа). Неочевидность критерия безвиновной ответственности не способствует определенности правового регулирования и правоприменения в этой сфере.

К недостатку п. 1 ст. 1070 ГК РФ также может быть отнесена несогласованность данной нормы и положений гл. 18 УПК РФ о реабилитации, а также отсутствие подобных норм в КоАП РФ. Пункт 1 ст. 1070 ГК РФ среди уголовно-процессуальных действий перечисляет только привлечение к уголовной ответственности, применение в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, а ст. 133 УПК РФ также указывает на незаконное применение принудительных мер медицинского характера и любых других мер процессуального принуждения в уголовном процессе (ч. 3). Пункт 1 ст. 1070 ГК РФ предполагает исковой порядок взыскания вреда, а в соответствии с УПК РФ компенсация вреда реабилитированному осуществляется в уголовном процессе. В уголовном процессе не рассматриваются споры о возмещении морального вреда и упущенной выгоды (ст. 135 УПК РФ), в результате чего реабилитированному приходится два раза взыскивать причиненный вред по разным правилам судопроизводства. Это неудобно и неоправданно, особенно в части возмещения морального вреда : очевидно, что ошибочное применение мер уголовного принуждения к невиновному лицу причиняет ему нравственные страдания, поэтому трудно обосновать, зачем разделять требования о компенсации утраченного заработка и т.д. и требование о компенсации морального вреда.

Самым главным недостатком п. 1 ст. 1070 ГК РФ является его неоднозначное применение из-за непонимания судами существа безвиновной ответственности в этой сфере. Исторически безвиновная ответственность государства за вред, причиненный правоохранительными органами, была обусловлена необходимостью обеспечить возмещение вреда, причиненного «невиновно осужденным», т.е. невиновным лицам, которые были ошибочно привлечены к ответственности либо в отношении которых применялись иные принудительные меры в результате добросовестного заблуждения следователей и суда. Проблема возмещения такого вреда в рамках общих правил деликтного права заключалась в отсутствии вины должностных лиц, которые действительно имели достаточные основания полагать, что подозреваемый виновен. Но исходя из принципов справедливости, с учетом значимости права на свободу и личную неприкосновенность в зарубежных странах, а затем и в России стали устанавливаться специальные условия возмещения вреда, причиненного ошибочным уголовным преследованием.

Именно эта идея была воплощена в п. 1 ст. 1070 ГК РФ и в гл. 18 УПК РФ «Реабилитация». Пункт 1 ст. 1070 ГК РФ указывает на возмещение вреда, причиненного в сфере уголовного принуждения независимо от вины должностных лиц. В ст. 133 УПК РФ конкретизируется, что право на возмещение вреда возникает в силу самого факта оправдания обвиняемого или прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям. Для возмещения вреда в рамках реабилитации не имеет значения, действовал ли следователь, судья или иное должностное лицо законно или незаконно, виновно или невиновно, — сам факт ошибочности уголовного преследования влечет право на возмещение вреда.

Но, к сожалению, этот смысл п. 1 ст. 1070 ГК РФ недостаточно ясно осознается судами. В уголовном процессе благодаря нормам УПК РФ о реабилитации суды все же удовлетворяют требования о возмещении вреда, основываясь на самом только факте оправдания или прекращения дела по реабилитирующим основаниям (определения СКГД ВС РФ от 21 июля 2009 г. № 25-Г09-13, от 21 апреля 2015 г. № 88-КГПР15-1, от 14 августа 2018 г. № 78-КГ18-38).

Однако проблема заключается в том, что моральный вред и упущенная выгода будут взыскиваться на основании норм гражданского права, т.е. по п. 1 ст. 1070 ГК РФ. При этом КС РФ неоднократно выражал позицию, что нормы ГК РФ не связывают принятие решения о компенсации морального вреда только с наличием вынесенного в отношении гражданина оправдательного приговора или постановления (определения) о прекращении уголовного дела по реабилитирующим

основаниям, а требуют незаконности в качестве условия ответственности государства (ст. 53 Конституции РФ, ст. 16, 1069 ГК РФ) (определения КС РФ от 21 апреля 2005 г. № 242-О, от 18 января 2011 г. № 47-О-О, от 29 сентября 2016 г. № 2065-О).

В результате реабилитированному лицу может быть отказано в компенсации морального вреда со ссылкой на правомерность мер пресечения, несмотря на то что в результате уголовное преследование оказалось ошибочным. В этой позиции проявляется непонимание природы реабилитации и ст. 1070 ГК РФ. При правильном толковании само по себе оправдание лица и прекращение дела по реабилитирующим основаниям являются безусловным основанием для компенсации любого вреда в соответствии с п. 1 ст. 1070 и ст. 1100 ГК РФ. В этом и заключается смысл безвиновной ответственности, которая должна создавать дополнительные гарантии соблюдения права на свободу и личную неприкосновенность, а не дублировать основания возмещения вреда в соответствии со ст. 1069 ГК РФ.

В административном процессе ситуация еще больше усложняется ввиду отсутствия специальных норм, аналогичных реабилитации.

Несмотря на то что КС РФ указал, что «дополнительные гарантии» по п. 1 ст. 1070 ГК РФ распространяются и на административное задержание, привод, доставление, он тут же разъяснил, что «[с]амо по себе то обстоятельство, что задержанное лицо не было впоследствии привлечено к административной ответственности и не предстало перед судом, не обязательно означает, что задержание было незаконным... <...> Требования, обуславливающие правомерность задержания, не предполагают, что компетентное должностное лицо уже в момент задержания должно иметь доказательства, достаточные для разрешения дела по существу» (Постановление КС РФ от 16 июня 2009 г. № 9-П). На основании этого судами делается вывод, что если должностное лицо в момент задержания имело основания полагать, что подозреваемый совершил правонарушение и при задержании были соблюдены процессуальные нормы, то задержание являлось законным, и даже если впоследствии дело прекращено за отсутствием состава правонарушения, причиненный вред не подлежит возмещению в соответствии со ст. 1070 ГК РФ (определения СКГД ВС РФ от 15 января 2019 г. № 2-КГ18-12, от 20 августа 2019 г. № 19-КГ19-12).

Такая позиция лишает всякого смысла распространение п. 1 ст. 1070 ГК РФ на административные меры: если задержание, привод, доставление нарушали требования закона в момент их совершения, то причиненный вред может быть возмещен и в рамках ст. 1069 ГК РФ; для

этого не требуется никаких дополнительных гарантий и льготных условий компенсации.

Слово «незаконный» в п. 1 ст. 1070 ГК РФ должно толковаться не как соблюдение должностными лицами процессуальных норм в момент задержания или применения иных мер, а как выяснившаяся впоследствии ошибочность, неоправданность мер принуждения в связи с тем, что подозреваемый оказался невиновен. Иное толкование не передает истинного смысла безвиновной ответственности государства и не создает дополнительных гарантий возмещения вреда, причиненного решениями должностных лиц (задержание, привод, доставление). В результате п. 1 ст. 1070 ГК РФ устанавливает льготные основания возмещения вреда только для решений, принимаемых судьями, поскольку не требует установления вины судьи приговором суда (п. 2 ст. 1070 ГК РФ). Но этим не должен исчерпываться потенциал безвиновной ответственности правоохранительных органов, которая и в России, и за рубежом имеет своей целью обеспечить возмещение вреда невиновно осужденным.

#### **4.4. Вина судьи**

В соответствии с п. 2 ст. 1070 ГК РФ вред, причиненный при осуществлении правосудия, подлежит возмещению только в случае, если вина судьи установлена приговором суда.

Согласно ст. 305 УК РФ судья привлекается к уголовной ответственности, если он вынес заведомо неправосудные приговор, решение или иной судебный акт. В соответствии со ст. 293 УК РФ судья как должностное лицо суда может быть привлечен к уголовной ответственности за халатность, т.е. за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе либо обязанностей по должности, если это повлекло причинение крупного ущерба или существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

Это означает, что в отношении вины судьи не действует общее правило о презумпции вины причинителя вреда (п. 3 ст. 1064 ГК РФ), а вина в форме умысла или небрежности должна быть установлена приговором суда.

Данный подход смягчается для ситуаций, когда лицо было незаконно привлечено к уголовной ответственности, в отношении него были незаконно применены в качестве меры пресечения заключение под стражу или подписка о невыезде, а также для ситуаций, когда гражданин был незаконно привлечен к административной ответственности в виде административного ареста, а юридическое лицо было незаконно

привлечено к административной ответственности в виде административного приостановления деятельности. Здесь в силу п. 1 ст. 1070 ГК РФ ответственность государства за ошибки суда не зависит от вины (см. подробнее п. 4.3 комментария к настоящей статье). Но в остальных случаях незаконные решения суда влекут ответственность государства при умысле или небрежности, подтвержденных приговором суда.

Это правило именуется судьейским иммунитетом от гражданских исков и обычно обосновывается следующими аргументами:

1) необходимость обеспечения свободы судьи в толковании и применении права: судья при вынесении решения должен основываться на праве и имеющихся обстоятельствах дела, а не на опасении последующего взыскания с него убытков (например, если судья рассматривает дело о сносе строения, он должен принимать решение исходя из того, требуется ли снос в соответствии с правом, а не из того, какое решение причинит сторонам меньшие убытки, которые впоследствии могут быть взысканы с судьи);

2) исключение ответственности судей за ошибки в толковании права. Работа судьи предполагает сложный анализ обстоятельств дела на основании норм права, которые являются не всегда однозначными, чаще всего — довольно противоречивыми, а иногда могут отсутствовать вовсе. Поэтому необходимым условием правоприменения является определенная степень судьейского усмотрения, которая, в свою очередь, предопределяет возможность совершения судьей ошибки в праве. И судья не может нести полноценную гражданскую ответственность за любую ошибку, допущенную при рассмотрении дела, если эта ошибка являлась следствием заблуждения, а не умысла или небрежности;

3) недопущение параллельного пересмотра судебного решения. Общий порядок взыскания убытков с казны в случаях с судебными решениями позволял бы лицам, не в пользу которых принят судебный акт, не только обращаться с заявлением о пересмотре решения в специальном процессуальном порядке, но и с заявлением о возмещении вреда, где рассматривался бы тот же вопрос о законности или незаконности судебного акта. В связи с этим иску о возмещении вреда, причиненного судебным решением, в любом случае должна предшествовать отмена данного акта в порядке пересмотра. Однако и этого не может быть достаточно. Особый статус судьи предполагает наличие специальной процедуры привлечения его к любой ответственности. Рекомендации Совета Европы указывают, что судья может быть привлечен к какой-либо ответственности только при наличии санкции особого независимого органа, не менее чем наполовину состоящего из судей (п. 77 заключения Консультативного совета европейских судей для



Комитета Министров Совета Европы «О принципах, правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности, этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность» (далее – Заключение КСЕС)). Поэтому вопрос о вине судьи в любом случае не может рассматриваться по правилам обычного гражданского или арбитражного судопроизводства;

4) это обуславливает необходимость обеспечения специального порядка рассмотрения дел об ответственности судей, где рассматривался бы только вопрос о вине, но не затрагивался бы вопрос законности или незаконности принятого акта. При этом особый статус судьи предполагает, что судья может быть привлечен к какой-либо ответственности только в особом порядке, предполагающем наличие гарантий наиболее полного объективного и всестороннего рассмотрения дела.

ЕСПЧ неоднократно указывал, что судейский иммунитет является правовой практикой, существующей в той или иной форме во многих государствах-участниках. Он установлен для блага общества, интересам которого отвечает тот факт, чтобы судьи свободно осуществляли свои функции, независимо и без опасения за последствия, тогда как лица, участвующие в гражданских делах, могут защититься от судебных ошибок путем обращения в апелляционный суд, не прибегая к искам о личной ответственности (постановления ЕСПЧ от 5 февраля 2015 г. по делу «Сергей Зубарев (Sergey Zubarev) против Российской Федерации» (жалоба № 5682/06), от 12 июня 2012 г. по делу «Грязнов (Gryaznov) против Российской Федерации» (жалоба № 19673/03), от 15 июля 2003 г. по делу «Эрнст и другие (Ernst and Others) против Бельгии» (жалоба № 33400/96)).

В большинстве стран установлены особенности возмещения вреда, причиненного судебными решениями. Можно выделить по меньшей мере две системы возмещения вреда:

1) вред, причиненный незаконным судебным решением, возмещается только в случае, если вина судьи значительна (например, умысел, грубая небрежность, принятие решения вне компетенции, отказ в правосудии) и (или) подтверждена в особом порядке (приговор суда, дисциплинарное производство) (Германия, Франция, Россия);

2) государство обязуется возместить вред, причиненный любым незаконным судебным решением, но регресс к судье возможен только при значительности вины судьи и (или) подтверждении ее в особом порядке (Швейцария, Нидерланды, Эстония, Швеция, Чехия).

Обе системы имеют как достоинства, так и недостатки. Основное достоинство первой системы, которая в настоящее время применяется и в России, заключается в наиболее строгом соблюдении иммунитета

судьи, что способствует независимости судей и обеспечению их свободы в принятии решений. Но в то же время эта система приводит к крайней затруднительности взыскания вреда, причиненного судебными решениями.

По некоторым данным, в России по ст. 305 УК РФ за вынесение заведомо неправосудного решения привлекается к ответственности в среднем один судья в год. В условиях имеющегося качества организации судебной власти в России и привычности вынесения противоречивых судебных актов такая система возмещения вреда может показаться несправедливой и несбалансированной, поскольку фактически приводит к безответственности судей и государства даже за грубые судебные ошибки.

В Заключении КСЕС (п. 55) и Европейской хартии о статусе судей (п. 5.2) рекомендуется использовать вторую из указанных систем, в которой государство в любом случае обязуется возместить вред, причиненный незаконными судебными решениями, но регресс к судье возможен только при отягчающих обстоятельствах, в частности, если вина судьи установлена приговором суда.

Главным достоинством этой системы является то, что она позволяет и обеспечить иммунитет судьи, и возместить незаконно причиненный вред. Однако необходимо отметить, что такая модель требует значительного уровня независимости судебной власти от правоохранительных и финансовых органов, чтобы не допустить давления на судью с их стороны. В противном случае при несении государственным бюджетом бремени возмещения причиненного вреда может возникнуть не только и не столько стимул к принятию системных мер и наведению порядка в судебной системе (как бы нам этого ни хотелось), сколько психологический барьер на пути отмены вступивших в силу судебных актов нижестоящих судов. Если каждая такая отмена будет означать риск взыскания с государства серьезных сумм убытков, может резко упасть уровень отмен данных судебных актов. При недостаточном уровне независимости судебной власти это может привести к тенденции сохранения в силе незаконных судебных актов. В российских реалиях такой подход представляется довольно опасным.

Компромиссным путем решения проблемы фактической безответственности государства за незаконные решения судов представляется движение в сторону смягчения стандарта доказывания вины судьи при сохранении единства условий ответственности государства и судьи. Например, возможно было бы установить, что вред, причиненный незаконными судебными решениями, возмещается государством, если вина судьи установлена не только приговором суда, но и, например,

решением о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности. Такой подход согласуется и с последними изменениями законодательства РФ в этой части: с 1 сентября 2019 г. вступила в силу новая редакция ст. 12.1 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», в которой теперь уточняется, что дисциплинарным проступком может также считаться грубое нарушение прав участников процесса.

В то же время и этот подход может быть чреват неожиданными последствиями: например, чтобы не возмещать причиненный вред, государство может неформально создать обстановку нежелательности привлечения судей к дисциплинарной ответственности. В таком случае правопорядок фактически лишится не только гражданско-правовой, но и дисциплинарной ответственности судей, что еще более негативно может сказаться на качестве правосудия.

Несовершенство системы гражданско-правовой ответственности судей в России отмечалось и КС РФ в Постановлении от 25 января 2001 г. № 1-П. Предметом рассмотрения КС РФ являлись несколько дел, где вред был причинен потерпевшим: а) длительным невозвращением излишне уплаченной пошлины; б) чрезмерно длительным судебным разбирательством и в) незаконным арестом имущества и волокитой, допущенной при направлении дела в вышестоящую инстанцию, что привело к неплатежеспособности должника.

В делах такого рода вряд ли можно усмотреть преступный умысел судьи в затягивании процесса или в том, что он вовремя не направил дело в вышестоящую инстанцию. Но такие действия (бездействие) судьи являются очевидно незаконными, а отказ в возмещении причиненного вреда не обусловлен необходимостью соблюсти иммунитет судьи и не касается гарантий его независимости при разрешении дел. Когда вред причиняется нарушением процессуальных правил, а не материальных норм, в основном речь не идет об обеспечении свободы судьи в использовании своего судебного усмотрения при применении права.

В связи с этим КС РФ сделал вывод, что п. 2 ст. 1070 ГК РФ, устанавливающий, что вред, причиненный при осуществлении правосудия, возмещается только в случаях, если вина судьи установлена приговором суда, распространяется только на решения, разрешающие дело по существу. В соответствии с позицией КС РФ, «под осуществлением правосудия понимается не все судопроизводство, а лишь та его часть, которая заключается в принятии актов судебной власти по разрешению подведомственных суду дел, т.е. судебных актов, разрешающих дело по существу. Судебный процесс завершается принятием именно таких

актов, в которых находит выражение воля государства разрешить дело, отнесенное к ведению суда.

<...>

В актах, разрешающих дело по существу, суд определяет действительное материально-правовое положение сторон, т.е. применяет нормы права к тому или иному конкретному случаю в споре о праве. Именно разрешая дело (статьи 126, 127 и 128 Конституции РФ) и принимая решение в соответствии с законом (статья 120 Конституции РФ), суд осуществляет правосудие в собственном смысле слова.

В результате КС РФ признал п. 2 ст. 1070 ГК РФ не противоречащим Конституции РФ и указал, что он не может служить основанием для отказа в возмещении государством вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства в случаях, когда спор не разрешается по существу, если вина судьи установлена не приговором суда, а иным соответствующим судебным решением.

Ограничительное толкование п. 2 ст. 1070 ГК РФ оправданно и направлено на пользу потерпевшему, так как снимает с истца, вред которому причинен процессуальным актом (многократные отложения дела, необоснованные обеспечительные меры и др.), обязанность добиваться приговора в отношении судьи. Но проблема заключается в том, что КС РФ не указал, какое иное судебное решение, способное подтвердить вину судьи, имеется в виду.

В отношении чрезмерно длительного судебного разбирательства этот вопрос был решен принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», в котором было установлено право на компенсацию вреда вне зависимости от вины конкретного судьи в затягивании процесса.

В отношении иных процессуальных актов, не разрешающих дело по существу, вопрос до сих пор не решен. Судебная практика исходит из невозможности возмещения в льготном порядке вреда, причиненного судебными актами, не разрешающими дело по существу, до внесения соответствующих изменений в законодательство (определения ВС РФ от 22 декабря 2009 г. № 14-Г09-29, от 27 октября 2009 г. № 29-Г09-15, от 28 октября 2008 г. № КАС08-543 и др.). ВС РФ в указанных актах отмечает, что до настоящего времени в законодательном порядке вопрос об основаниях и порядке возмещения государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи), не урегулирован; также не определены подведомственность и подсудность дел применительно к случаям, когда вина судьи установлена не приговором, а иным судебным решением. Не решен

в законе и вопрос о компенсации морального вреда в таких случаях. В связи с этим подтверждаются решения нижестоящих судов об отказе в возмещении вреда, причиненного судебными решениями, не разрешающими дело по существу, если вина судьи не установлена приговором суда. Одной из проблем реализации рассматриваемой позиции КС РФ является неопределенность в вопросе о том, каким иным судебным решением, помимо приговора суда, может быть установлена вина судьи в вынесении неверного процессуального решения, не разрешающего спор по существу.

Гражданский процесс не подходит для этих целей в связи с особым статусом судьи, который требует особого порядка привлечения его к ответственности. Кроме того, исследование вины судьи в гражданском процессе подменяло бы собой пересмотр судебных решений в порядке, установленном процессуальными кодексами.

Законодательству РФ известны только два способа привлечения судьи к ответственности и исследования его вины: это уголовный процесс и дисциплинарное производство. Если приговор суда не подходит для целей ответственности государства за судебные акты, не разрешающие дело по существу, то остается только дисциплинарное производство.

Решения квалификационной коллегии судей о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности хотя и не являются судебными, как этого требовал КС РФ, однако в отсутствие иного порядка они теоретически могли бы учитываться для решения вопроса об установлении вины судьи в вынесении незаконного процессуального решения. Так, можно было бы установить, что вред, причиненный незаконными судебными актами, не разрешающими дело по существу, возмещается государством, если вина судьи установлена решением о его привлечении к дисциплинарной ответственности или приговором суда.

Но необходимо отметить, что установление разных оснований ответственности государства за вред, причиненный финальными судебными решениями, и за вред, причиненный иными процессуальными актами, хотя и имеет под собой ряд обоснований и встречается в зарубежных странах (например, в Германии), но все же не является безупречным подходом.

При совершении процессуальных действий (например, при принятии обеспечительных мер, таких как наложение ареста, запрета совершать определенные действия) судья точно так же, как и при вынесении окончательного решения, основывается на анализе всех материалов дела, дает им правовую оценку, руководствуется собственным убеждением и использует судейское усмотрение. И вопрос о том, обоснованы или нет обеспечительные меры, может являться

далеко не однозначным. При этом судья также нуждается в гарантиях свободы в принятии такого решения, чтобы не бояться лишней раз применять обеспечительные меры. Поэтому определение о наложении ареста по своему характеру для целей возмещения вреда мало чем отличается от вынесения окончательного решения, разрешающего дело по существу.

Кроме того, не всегда возможно четко определить, каким именно решением был причинен вред. Например, рассмотрим ситуацию, когда судья взыскивает задолженность с ответчика в его отсутствие, а затем выясняется, что извещение было направлено совершенно по иному адресу. Впоследствии это решение суда отменяется, например, потому, что ответчик, самостоятельно узнав о процессе, заявил о пропуске срока исковой давности. Но поворот исполнения судебного акта невозможен, так как перечисленных денег у истца уже нет, как и другого имущества. Каким действием суда в данном случае причинен вред – судебным актом, разрешающим дело по существу, или ошибкой в извещении? Скорее всего, ошибочным извещением, но финальный судебный акт также находился в причинно-следственной связи с убытками, поэтому здесь могут возникнуть сложности в определении оснований ответственности государства.

Чтобы избежать разделения оснований ответственности государства за очень схожие и во многих случаях едва различимые нарушения в судебной сфере, представляется более логичным смягчить стандарт доказывания вины судьи для любых судебных решений – как разрешающих спор по существу, так и иных судебных актов. В частности, в п. 2 ст. 1070 ГК РФ (хотя более корректно было бы выделить эту норму в отдельный пункт) возможно установить, что вред, причиненный незаконными судебными актами, возмещается государством, если вина судьи в форме умысла или грубой небрежности установлена приговором суда или решением о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности. До законодательного урегулирования данного вопроса на основании Постановления КС РФ от 25 января 2001 г. № 1-П можно было бы доказать в дисциплинарном производстве вину судьи в вынесении решений, не разрешающих дело по существу, и попробовать взыскать причиненный вред с казны, несмотря на устоявшуюся негативную практику ВС РФ по этому вопросу.

## **5. Причинно-следственная связь**

Проблема анализа причинно-следственной связи заключается в том, что суды весьма часто ограничиваются только выводом о ее наличии или отсутствии, подробно не мотивируя то или иное решение.

### **5.1. «Прямая» причинно-следственная связь**

В делах об ответственности государства суды в некоторых делах требуют установления «прямой (непосредственной) причинно-следственной связи». Это требование представляется некорректным хотя бы в связи с его неопределенностью.

Характеристика «прямой» причинно-следственной связи и определение незаконности акта, действия или бездействия в качестве «непосредственной» причины возникающих убытков не дает точного ответа на вопрос, что имеется в виду. Например, если таможенный орган нарушил сроки выпуска товара, и он испортился, что следует считать «непосредственной» или «прямой» причиной – нарушение таможенного органа или тот факт, что товар являлся скоропортящимся и пришел в негодность в силу естественных свойств? Слова «прямая (непосредственная) причина» не смогут дать правильный ответ на этот вопрос, потому что обе причины являются непосредственными.

Любое событие обусловлено множеством факторов, которые в той или иной степени способствовали произошедшему. И правовая теория причинно-следственной связи предполагает выявление не только фактических причин (т.е. обстоятельств, которые в реальной жизни повлияли на ход событий), но и юридических (т.е. обстоятельств, которые право рассматривает в качестве значимых). При этом значимость причины должна определяться не формально (как, например, ближайшая причина), а содержательно, путем оценки того, какое обстоятельство в наибольшей степени обусловило возникновение вреда.

Судебной практике известны случаи ответственности государства за вред, который был непосредственно причинен иными лицами, но косвенно обусловлен деятельностью государственных органов. Это, например, ответственность за неправильную оценку подлежащего реализации имущества (непосредственная причина – деликт оценщика) (Постановление Президиума ВАС РФ от 23 октября 2012 г. № 6083/12, п. 87 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50) или ответственность за необеспечение сохранности изъятого имущества (непосредственная причина – утрата или повреждение имущества хранителем или третьими лицами) (п. 7, 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

Таким образом, требование судов о наличии «прямой (непосредственной) причинно-следственной связи» должно толковаться как требование о выявлении юридически значимой, а не ближайшей причины. См. подробнее о причинной связи комментариев к п. 2 ст.15 ГК РФ.

### 5.2. Бездействие контрольных органов как причина вреда

Специфика причинно-следственной связи в деликтах государства проявляется, например, в случаях, когда вред в основном причинен частными лицами (они являются основной, непосредственной причиной), но при этом государство не исполнило свои регулятивные и охранительные обязанности, что содействовало возникновению вреда или привело к невозможности его устранения.

Например, если вред причинен в результате пожара, произошедшего из-за несоблюдения собственником или владельцем здания требований пожарной безопасности, где заканчивается деликт этого частного лица и начинается деликт государственных органов, которые надлежащим образом не проверили соблюдение требований пожарной безопасности, не предотвратили или не устранили причиненный вред?

Как было отмечено в п. 3.3 настоящего комментария, сам по себе пожар или иное происшествие не являются основанием ответственности государства в лице его контролирующих или правоохранительных органов, поскольку специфика их деятельности не предполагает гарантий абсолютного результата в виде отсутствия негативных явлений в обществе. Незаконность оценивается в зависимости от того, приняли ли эти органы необходимые меры, требуемые в соответствии с законом и обстоятельствами дела.

Однако и незаконности недостаточно для возникновения ответственности — требуется также установить, что бездействие государственных органов являлось необходимой причиной наступившего вреда. В некоторых случаях это сделать будет затруднительно, поскольку: а) экспертиза вряд ли укажет на то, что причиной происшествия является бездействие уполномоченных контрольных органов; б) происшествие в основном обусловлено действиями (бездействием) частных лиц или случаем; в) даже теоретически установить причинно-следственную связь между вредом и бездействием намного сложнее, чем если убытки детерминированы активными действиями. Так, если применять логику *conditio sine qua non* и предположить, был бы вред исключен, если бы потенциальный делинквент совершил определенные действия, то придется полностью смоделировать ситуацию и также представить, как бы реагировали другие участники правоотношения на эти действия (например, подчинился бы собственник загоревшегося дома предписанию органа пожарного надзора, или пошел бы его оспаривать, или проигнорировал). Такая модель имеет намного более вероятностный и предположительный характер, чем простое исключение активного поведения делинквента из цепочки событий.



Эти сложности на практике могут создавать препятствия при возмещении причиненного вреда с государства. Однако в некоторых случаях такая ответственность все же признается. При этом чем значительнее последствия происшествия, тем очевиднее, что государство должно было предпринять меры для его предотвращения.

Ярким примером является авария на Чернобыльской АЭС. КС РФ указал, что возникновение конституционно-правовых отношений по поводу возмещения вреда здоровью между гражданами, которые оказались в зоне влияния радиационного излучения и других неблагоприятных факторов, возникших вследствие Чернобыльской катастрофы, и государством, с деятельностью которого в сфере освоения и использования ядерной энергетики было связано причинение вреда, обусловлено самим фактом причинения такого вреда (Постановление КС РФ от 8 февраля 2018 г. № 7-П).

Когда происходят другие масштабные трагедии (например, пожары в клубе «Хромая лошадь», торговом центре «Зимняя вишня», обрушение крыши «Трансвааль-парка»), государство зачастую добровольно берет на себя обязательство компенсировать причиненный вред пострадавшим. Такие компенсации в основном рассматриваются как мера социальной поддержки граждан, однако по существу они являются добровольно претерпеваемой государством мерой его ответственности за то, что оно не смогло обеспечить безопасность функционирования названных объектов. Это подтверждается и приговорами по данным делам, которые выносятся не только в отношении собственников и владельцев соответствующих зданий, но и в отношении должностных лиц контролирующих государственных органов.

Приведенные примеры демонстрируют принципиальную допустимость отнесения бездействия контрольно-надзорных органов к одной из причин вреда, в основном обусловленного действиями (бездействием) частных лиц или случайными событиями. В частных деликтах этот вопрос чаще всего обсуждается применительно к бездействию врача, который не смог вылечить пациента, заболевшего до его попадания в больницу. Несмотря на то что вред причинен пациенту третьим лицом или был обусловлен иными факторами, ответственность может быть возложена на врача, если будет установлено, что: а) он исполнял свои обязанности ненадлежащим образом (в этом проявляется элемент противоправности); б) имелась реальная возможность вылечить пациента, т.е. заболевание в принципе было излечимым (в этом проявляется причинно-следственная связь).

Проводя аналогию с деликтами государства, можно сделать вывод, что ответственность за вред, в основном причиненный третьими

лицами, но при участии (а чаще — при незаконном безучастии) государственных органов, может быть возложена на публично-правовое образование, если: а) уполномоченные органы ненадлежащим образом исполняли свои обязанности (их действия являлись незаконными, причем не формально, а по существу); б) имелась реальная возможность предотвратить происшествие (в этом проявляется причинно-следственная связь).

### ***5.3. Бездействие правоохранительных органов как причина вреда***

Рассмотренная проблема актуальна и в других сферах контроля государства за отношениями частных лиц. Например, если одно частное лицо совершило преступление, причинив этим вред другому частному лицу, в каких случаях деликт этого частного лица может стать деликтом правоохранительных органов, которые не проводят расследование и не совершают необходимых действий для установления преступника и взыскания с него вреда? Ответ будет таким же, как в предыдущем пункте: ответственность может быть возложена на государство, если бездействие правоохранительных органов являлось незаконным и при этом надлежащее исполнение их обязанностей реально могло бы привести к возмещению вреда. Такие условия достаточно трудно доказать с учетом ограниченности возможностей адвокатов в сборе доказательств, а также фактической сложности обоснования, что преступника можно было бы найти и у него оказалось бы имущество для взыскания.

### ***5.4. Бездействие (действия) судебного пристава-исполнителя как причина вреда***

В сфере исполнительного производства государство также несет публичную обязанность содействовать частным лицам в защите их прав и законных интересов, нарушенных другими частными лицами.

Непосредственной причиной убытков кредитора является неисполнение должником своих обязательств. Судебному приставу-исполнителю вменяется не то, что он этот вред причинил, а то, что его действия (бездействие) привели к невозможности его возмещения.

Аналогично с рассмотренными примерами ответственность государства за бездействие в сфере исполнительного производства возникает, если установлена незаконность (недостаточность, несвоевременность, необоснованность принятых мер) и если имелся реальный шанс обратиться с взысканием на имущество должника.

В п. 11 Информационного письма Президиума ВАС от 31 мая 2011 г. № 145 рассматривается дело о ненадлежащем исполнении судебным приставом судебного акта о взыскании 500 тыс. руб. с должника. Суд первой инстанции в удовлетворении требований отказал, указав, что

причиной убытков является не бездействие судебного пристава-исполнителя, а неисполнение судебного акта должником. Суд апелляционной инстанции это решение отменил и удовлетворил иск на 500 тыс. руб. ВАС РФ согласился с решением об удовлетворении иска, однако отметил, что в материалах дела имеется подтверждение того, что на счетах у должника имелось только 250 тыс. руб., а не 500 тыс. руб. В связи с этим причинно-следственная связь может считаться установленной только в отношении 250 тыс. руб., которые реально мог взыскать судебный пристав-исполнитель.

Опосредованная роль государства в процессе исполнения частных долгов послужила поводом для существования позиции в судебной практике, что вред, причиненный незаконными действиями судебного пристава-исполнителя, может быть возмещен из казны, только если утрачена возможность взыскания с должника. Крайней степенью этого подхода является отказ в удовлетворении иска, если исполнительное производство не окончено невозможностью взыскания или, более того, с учетом возможности взыскателя предъявить исполнительный лист повторно (ч. 5 ст. 356 КАС РФ, ч. 4 ст. 321 АПК РФ).

Такая позиция справедливо отвергается ВС РФ. В одном из дел нижестоящие суды отказали кредитору в возмещении убытков с государства в связи с незаконным бездействием судебного пристава-исполнителя, ссылаясь на то, что исполнительное производство еще не окончено, а у должника имеется доход в виде заработной платы, на который может быть обращено взыскание. ВС РФ эти решения отменил и указал, что само по себе продолжение исполнительного производства не является препятствием для возмещения убытков, причиненных взыскателю незаконными действиями (бездействием) судебного пристава-исполнителя. «Суду надлежало установить, имеется ли иное имущество, обращение взыскания на которое позволило бы в разумный срок удовлетворить требования взыскателей, в частности отвечает ли таким требованиям получаемая должником зарплата. При этом обязанность по доказыванию наличия такого имущества возлагается на судебного пристава-исполнителя» (Определение СКГД ВС РФ от 26 апреля 2016 г. № 5-КГ16-37). Аналогичная позиция изложена в Определении СКГД ВС РФ от 24 января 2017 г. № 53-КГ16-30.

В этих делах можно выделить несколько важных моментов: а) само по себе продолжение исполнительного производства не является препятствием для возмещения вреда; б) бремя доказывания наличия иного имущества лежит на судебном приставе-исполнителе; в) иное имущество должно обеспечить реальную возможность исполнения судебного акта в разумный срок.

Эти условия воспринимаются в судебной практике как привычные, однако догматически они могут быть подвергнуты сомнению. Основанием ответственности казны являются незаконность, вина, причинно-следственная связь и вред. В рассматриваемой категории дел незаконность обычно установлена, вина судебного пристава-исполнителя не оспаривается. Причинно-следственная связь проявляется в том, что если бы судебный пристав исполнил свои обязанности надлежащим образом, то взыскатель уже в данный момент получил бы возмещение вреда.

Что касается вреда, может показаться, что, пока есть реальная возможность исполнить судебный акт, вред взыскателю еще не причинен. Теоретически у судебного пристава-исполнителя есть разумный срок для исполнения судебного акта, и до его истечения вроде не стоило бы говорить о совершении деликта. Но на практике такая логика приводит к халатности судебных приставов-исполнителей, которые полагают, что на начальной стадии исполнительного производства можно ничего не делать, так как потом имущество еще найдется. В результате получается странная ситуация: судебный пристав-исполнитель в результате своей небрежности уже упустил имущество должника, а суды почему-то дают ему шанс исправить ситуацию и нивелировать негативные последствия его нарушения путем поиска иного имущества. Но если должностное лицо уже показало свою ненадежность, зачем ему доверять дальше, рискуя упустить и иные возможности для исполнения судебного акта? Более логичным подходом было бы оценивать наличие убытков на момент подачи иска: если до этого момента судебный пристав-исполнитель не смог найти иное имущество должника и обратиться на него взыскание, необходимо считать, что именно в этот момент, когда рассматривается дело, истцу уже причинены убытки, ведь он имел право рассчитывать на причитающиеся ему суммы уже сейчас, а не в течение неопределенного разумного срока. Если впоследствии судебный пристав-исполнитель другое имущество все-таки найдет, РФ может в порядке п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145 потребовать от неосновательно обогатившегося за счет ее казны должника возврата соответствующей суммы.

Поэтому можно констатировать, что если судебный пристав-исполнитель в результате своих незаконных действий (бездействия) упустил хоть какое-нибудь имущество должника, на которое можно было бы обратиться взыскание, условия ответственности государства в этой части обычно соблюдены: есть и незаконность, и вина, и причинно-следственная связь, и убытки. Это означает, что в момент рассмотрения

дела деликт уже совершен, а делинквент должен нести за это ответственность.

Еще одним препятствием в признании ответственности государства по таким делам является представление о государстве как о дополнительном, субсидиарном должнике в случаях, когда вред причинен в основном частными лицами, но при незаконном безучастии государственных органов.

Наиболее ярким примером такой позиции является Определение СКЭС ВС РФ от 15 февраля 2017 г. № 305-ЭС16-14064. ВС РФ отказал в удовлетворении требований к Российской Федерации о возмещении вреда, причиненного преступными действиями судебного пристава-исполнителя, незаконно снявшего арест с имущества должника, и указал, что общество не «исчерпало все доступные ему средства правовой защиты, чтобы получить удовлетворение своих требований за счет имущества должника». Помимо этого, Суд указал, что истец может удовлетворить свои требования, обратившись к поручителям должника.

Представляется, что такая позиция не соответствует российскому праву. Субсидиарность ответственности государства воплощена в законодательстве Германии: в § 839 ГГУ прямо указывается, что, если должностное лицо виновно только в неосторожности, оно обязано возместить вред только в случае, если потерпевший не может получить возмещение другим способом. Законодательством России не установлено такое ограничение. Более того, в соответствии со ст. 124 ГК РФ публично-правовые образования участвуют в гражданско-правовых отношениях на равных началах с другими субъектами. В связи с этим привнесение идеи субсидиарности ответственности государства в российское право представляется необоснованным.

Сам по себе факт совершения деликта представителями государства уже является достаточным основанием ответственности вне зависимости от того, имеются ли другие причинители вреда. Государство и иные делинквенты могут считаться солидарными должниками, поскольку их действиями причинен один и тот же вред. Такая модель солидарной ответственности воспринята в Принципах европейского деликтного права и соответствует изменениям законодательства России. Так, в соответствии с подп. «б» п. 1 ст. 9:101 Принципов европейского деликтного права ответственность является солидарной, если одно лицо своим самостоятельным поведением или действиями причиняет вред потерпевшему, и в то же время установлено, что и другое лицо также причастно к причинению того же самого вреда. Похожий подход использован в сравнительно недавних ст. 1080 ГК РФ, в части третьей которой

отражена идея о солидарной ответственности двух лиц, хотя и действующих независимо друг от друга, но причинивших один и тот же вред. Помимо этого в некоторых случаях можно сделать и классический вывод о совместности действий частных лиц, нарушивших требования закона и причинивших вред, и государственных органов, не предпринимавших необходимых действий для защиты прав потерпевших.

Таким образом, более обоснованным было бы применение общего подхода к причинно-следственной связи: она должна считаться установленной, если судебный пристав-исполнитель мог реализовать исполнительный лист полностью или в части, но не сделал этого. Тот факт, что имеются иные причины возникших убытков, в том числе действия должника в исполнительном производстве или иных делинквентов, не прерывает причинно-следственную связь между незаконным действием (бездействием) судебного пристава-исполнителя и возникшими убытками, а только дополняет правоотношение дополнительными солидарными должниками. Если Российская Федерация возместила вред, причиненный ненадлежащим исполнением судебного акта, а у должника имеется иное имущество, она вправе взыскать выплаченные суммы с должника (п. 1081 ГК РФ, п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145).

### ***5.5. Вина потерпевшего***

Учет вины потерпевшего является общепризнанным правилом, позволяющим соблюсти баланс интересов кредитора (потерпевшего) и должника (причинителя вреда). Этот вопрос также относится к аспекту причинной связи, поскольку по существу речь идет о том, что действия потерпевшего также являлись причиной вреда, которую правоприменитель считает значимой.

Иногда суды отказывают в возмещении вреда, причиненного незаконными действиями государственных органов, по мотиву отсутствия причинной связи, считая причиной наступившего вреда не действия государственного органа, а небрежность самого потерпевшего. Ярким примером является упомянутое Определение СКЭС ВС РФ от 15 февраля 2017 г. № 305-ЭС16-14064, где суд не отрицал, что преступные действия судебного пристава-исполнителя являлись причиной вреда, однако указал, что «к невозможности исполнения судебных актов... привели и действия (бездействие) самого общества».

В связи с этим стоит особо подчеркнуть, что в соответствии со ст. 1083 ГК РФ только умысел потерпевшего может привести к отказу в возмещении вреда (п. 1). Неосторожность, причем не любая, а именно грубая, может быть только основанием для уменьшения размера убытков (п. 2 ст. 1083 ГК РФ).

Умысел потерпевшего может проявляться в его недобросовестных действиях, например, если он хотел получить выгоду от незаконных действий государственных или муниципальных органов. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 22 мая 2012 г. № 13443/11 рассматривалось дело, в котором истцу был причинен вред незаконным предварительным согласованием места размещения объекта на земельном участке — набережной озера. После проведения истцом работ по формированию земельного участка, а также заключения договоров для строительства набережной оказалось, что озеро относится к водоемам общего пользования и предоставление земельных участков в собственность в его прибрежной зоне не допускается. ВАС РФ указал, что истец не мог не знать о том, что озеро относится к муниципальной собственности и является общедоступным водным объектом (ст. 6 Водного кодекса РФ). Поэтому интерес истца, знавшего о незаконности акта муниципального органа, не подлежит защите.

Грубую неосторожность можно определить как непростительное невыполнение простейших, элементарных требований заботливости и осмотрительности, известных каждому.

В судебной практике грубой неосторожностью, например, считается бездействие собственника, который не предпринял никаких действий к взаимодействию с государственным органом, незаконно изъявшим его имущество (Определение СКЭС ВС РФ от 28 ноября 2016 г. № 303-ЭС16-9423).

В качестве грубой неосторожности представляется возможным оценить бездействие потерпевшего, не оспорившего недостоверный отчет об оценке имущества, подлежащего реализации. Любой разумный и осмотрительный взыскатель, получивший отчет об оценке, которая, по его мнению, занижена, задумается о его оспаривании. Но потерпевший (обычно взыскатель) изначально осознает, что указанная в отчете стоимость имущества занижена, но не оспаривает отчет об оценке, надеясь, что на торгах цена будет значительно увеличена. И только если этого не произошло, взыскатель предъявляет иск об убытках к государству. Потерпевший в данной категории дел осознанно рискует не выручить необходимую сумму, рассчитывая на удачное для него проведение торгов. В связи с этим представляется разумным снизить размер возмещения в связи с виной потерпевшего.

Иногда суды склонны трактовать вину потерпевшего чрезмерно широко, указывая, например, что потерпевший должен был проконтролировать исполнение судебным приставом-исполнителем своих обязанностей (Определение СКЭС ВС РФ от 10 января 2017 г. № 303-ЭС16-18911) или должен был знать правила землепользования и за-

стройки и самостоятельно оценить незаконность выданного разрешения на строительство или решения о предварительном согласовании места размещения объекта. Учитывая, что частное лицо не должно знать правила землепользования и застройки лучше муниципальных органов, а также объемность, несогласованность и противоречивость этих норм, представляется, что в вину потерпевшему может быть вменено только незнание основных правил, известных каждому, нарушение которых было очевидно.

Еще один важный аспект — соразмерность уменьшения размера убытков степени вины причинителя вреда и потерпевшего. Для учета соразмерности требуется оценить, чьи действия в большей мере способствовали возникновению вреда.

Также стоит отметить, что бремя доказывания вины потерпевшего возлагается на причинителя вреда (Определение СКГД ВС РФ от 17 октября 2017 г. № 18-КГ17-166; п. 6 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2018), утвержденного Президиумом ВС РФ 4 июля 2018 г.).

На основе рассмотренных примеров можно сделать вывод, что стандарт поведения потерпевшего может как минимум включать в себя взаимодействие с государственным органом, предположительно нарушившим права истца, и как максимум тотальный контроль частных лиц за действиями государственных органов. При определении должного стандарта поведения представляется необходимым учитывать ограниченность средств частного лица во влиянии на действия государственных органов. Деликт государства всегда включает в себя неправомерное действие органов власти в публично-правовой сфере, а возможность частного лица противостоять злоупотреблениям публичной власти не идентична возможности предотвратить нарушение своего права другим частным лицом.

В связи с этим думается, что в деликтах государства для признания действий потерпевшего грубой неосторожностью требуется доказать, что потерпевший имел не только правовую, но и фактическую возможность совершить действия, направленные на предотвращение или снижение вреда, а также что некий средний потерпевший, подвергшийся злоупотреблению властью такого вида, обычно совершает подобного рода действия.

### Дополнительная литература

*Бланкенагель А., Калинина И.* Возмещение вреда, причиненного неправомерными действиями государства в ФРГ: от личной ответственности государственного служащего к ответственности государ-



ства через черный ход // Законодательство и экономика. 2005. № 12. С. 78–91.

*Богданов В.П., Богданова И.С.* Возмещение вреда, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов и судов: некоторые вопросы теории и практики // Адвокат. 2013. № 1. С. 24–36.

*Ерохова М.А.* Условия ответственности казны за незаконные действия органов власти. Проблемы толкования норм ГК РФ в практике Верховного Суда РФ за 2017 г. // Закон. 2017. № 10. С. 55–63.

*Лазаревский Н.И.* Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами: Догматическое исследование. СПб.: Тип. Спб. акц. общ. печ. и писчебум. дела в России «Слово», 1905.

*Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). – М.: Статут, 2010. С. 492–533.

*Маркелова А.А.* Государственный орган причинил вред. Как доказать противоправность и взыскать убытки // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 8. С. 74–85.

*Маркелова А.А.* Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 2: Особенная часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 99–146.

*Михайленко О.В.* Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике. М.: Волтерс Клувер, 2007.

*Нешатаева Т.Н.* Имущественная ответственность за вред, причиненный государством: проблемы судебной практики // Закон. 2009. № 11. С. 29–42.

*Оболонкова Е.В.* Возмещение ущерба, причиненного вследствие чрезвычайных ситуаций природного характера // Законодательство. 2019. № 6. С. 10–16.

*Рыбалов А.О.* Еще раз об ответственности государства и его органов. Комментарий к Определению Конституционного Суда РФ // Закон. 2013. № 12. С. 106–109.

*Флейшиц Е.А.* Ответственность государственных органов за имущественный вред, причиняемый должностными лицами. М.: Юридиздат МЮ СССР, 1948.

*Ягельницкий А.А.* Отклонения от принципа полного возмещения убытков, причиненных государством // Закон. 2017. № 10. С. 64–72.

*Ягельницкий А.А. К вопросу о вине потерпевшего. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 15.02.2017 № 305-ЭС16-14064 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 21–26.*

*Ahrens M. Staatshaftungsrecht. C.F. Müller, 2013.*

*Fairgrieve D. State Liability in Tort A Comparative Law Study. Oxford University Press, 2003.*

*The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective (= Principles of European Tort Law. Vol. 1) / K. Oliphant (ed.). Intersentia, 2016.*

## **Статья 16.1. Компенсация ущерба, причиненного правомерными действиями государственных органов и органов местного самоуправления**

**В случаях и в порядке, которые предусмотрены законом, ущерб, причиненный личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица правомерными действиями государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, а также иных лиц, которым государством делегированы властные полномочия, подлежит компенсации.**

### *Комментарий*

#### **1. История принятия ст. 16.1 ГК РФ**

Статья 16.1 ГК РФ была введена Федеральным законом «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». В качестве обоснования введения новой нормы в Концепции совершенствования общих положений ГК РФ отмечалось, что «в современном гражданском обороте существуют случаи, когда закон устанавливает возможность компенсации имущественных потерь, причиненных не правонарушениями, а правомерными действиями (например, изъятие имущества для государственных нужд, правомерный односторонний отказ от договора и т.п.). Для таких случаев механизм возмещения убытков, установленный ст. 15 ГК РФ, не должен применяться. В то же время общих норм, устанавливающих механизм определения размера возмещения в случаях, когда имущественные потери причинены правомерными действиями, ГК РФ не содержит» (п. 1.4 § 3 раздела II Концепции совершенствования общих положений ГК РФ).

В окончательной, более краткой версии названной Концепции указывалось на целесообразность регулирования в законодательном

порядке оснований и порядка возмещения (компенсации), выплачиваемого за ущерб личности или имуществу, причиненный правомерными действиями, когда закон предусматривает такое возмещение (п. 2.3 разд. II Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.).

Из положений указанных концепций видно, что изначально содержание ст. 16.1 ГК РФ предполагалось иным — планировалось уточнить не само по себе существование права на компенсацию правомерно причиненного вреда, а урегулировать основания и порядок его компенсации, в частности способы его исчисления, причем не только в публичной, но и в частной сфере. Однако предметом ст. 16.1 ГК РФ стало уточнение права граждан и организаций на возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государства в случаях, предусмотренных законом. До принятия Федерального закона «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» такое право тоже существовало — это следовало как из полномочий законодателя, так и из п. 3 ст. 1064 ГК РФ, согласно которому вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению в случаях, предусмотренных законом. В результате в ГК РФ так и не был установлен единый порядок компенсации вреда, причиненного правомерными действиями, и не уточнено, каким образом такой вред может исчисляться. Данные вопросы решаются в специальных законах, устанавливающих право на компенсацию правомерно причиненного вреда. Если это не противоречит существу отношений, могут применяться и положения деликтного права, например об учете вины потерпевшего (ст. 1083 ГК РФ), о регрессе (ст. 1081 ГК РФ) и т.д.

## **2. Разграничение ст. 16.1 и 16 ГК РФ**

Идея ст. 16.1 ГК РФ заключается в том, что, в отличие от вреда, причиненного незаконными действиями государственных органов, который подлежит возмещению в любом случае, вред, причиненный правомерными действиями, может быть возмещен, только если это прямо указано в законе. Такое правило обусловлено характером деятельности государства, которое уполномочено на ограничение прав частных лиц в установленных пределах, и в связи с этим в случаях, когда оно не выходит за эти пределы, государство не несет ответственности за вред, причиненный правомерным вмешательством в частную сферу.

Правомерность действий государства должна толковаться не формально, а содержательно. Для целей ст. 16.1 ГК РФ правомерными

могут считаться только оправданные действия, соответствующие и закону, и принципам права, совершенные для достижения соразмерного публичного интереса. Если же вред причинен формально правомерными действиями (бездействием), но это не было обусловлено необходимостью выполнения публичных задач, а являлось следствием какой-то ошибки, некачественного управления, недостаточного контроля и других системных проблем, то в таких случаях действия (бездействие) государственных органов не являются подлинно правомерными, а вопрос о возмещении причиненного вреда должен рассматриваться в контексте ответственности государства за организационную вину (ст. 16, 1069 ГК РФ), а не ст. 16.1 ГК РФ.

Принципиальная разница заключается в том, что право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями, существует само по себе в силу Конституции РФ (ст. 53) и ГК РФ (абзац второй п. 2 ст. 3, ст. 16, 10, 1069), не зависит от специальных указаний закона и не может быть ими ограничено (за редкими имеющими убедительное обоснование исключениями, например п. 2 ст. 1070, ст. 1083 ГК РФ). Если же вред причинен правомерными действиями, то право на возмещение вреда возникнет только при наличии соответствующего закона, которым могут быть установлены условия выплаты компенсации, ограничивающие ее размер, круг лиц, имеющих на нее право, сроки, в течение которых возможно ее получить, и т.д. Это следует из добровольности принятия государством на себя обязательства возместить вред, причиненный оправданным вмешательством в частную сферу.

Если в законе или ином нормативном правовом акте устанавливается право на возмещение вреда при определенных условиях, в первую очередь следует оценить, является ли это указание частным случаем ст. 16.1 или 16 ГК РФ. Если в законе установлены ограниченные основания возмещения вреда, причиненного незаконными действиями (в том числе если они выражены в некачественной организации государственной власти, недостатке контроля, финансирования и т.д.), такое указание закона может толковаться лишь как установление специальной (как правило, внесудебной) процедуры возмещения незаконно причиненных убытков (или чаще их части) в добровольном порядке, что не исключает возможности обратиться с иском о взыскании оставшегося невозмещенным в добровольном порядке вреда в соответствии с общими условиями деликтного права. В качестве примеров можно привести Федеральный закон «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» или ст. 2 Федерального закона от 2 августа 2019 г. № 299-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О го-

сударственной регистрации недвижимости»», принятого в том числе для реализации Постановления ЕСПЧ от 6 декабря 2011 г. по делу «Гладышева (Gladysheva) против Российской Федерации» (жалоба № 7097/10) и устанавливающего право на компенсацию вреда, причиненного истребованием муниципальными органами у добросовестных приобретателей жилья с нарушением пропорциональности частного и публичного интереса. Такие случаи, несмотря на то что они установлены в законе, относятся к ст. 16, а не 16.1 ГК РФ. Это означает, что, если в законе установлены какие-либо ограничения по сумме выплаты компенсации или иным условиям, это не исключает возможности обратиться в суд с требованием о возмещении вреда в полном объеме, что гарантировано ст. 53 Конституции РФ.

Сложность реализации данной идеи заключается в неустоявшейся судебной практике по возмещению вреда, причиненного организационными, системными проблемами государства. Однако с учетом отмеченного вектора развития судебной практики (см. п. 3.5 комментария к ст. 16 ГК РФ) круг случаев возмещения вреда, причиненного системными ошибками публичной власти, должен постоянно расширяться.

### **3. Вред, возмещаемый в соответствии со ст. 16.1 ГК РФ**

В связи с отсутствием общих норм о порядке компенсации вреда, причиненного правомерными действиями, может возникнуть неопределенность в вопросе о размере и характере возмещаемых убытков, особенно если в специальном законе, устанавливающем право на компенсацию, не уточняется порядок исчисления причиненного вреда.

Статья 16.1 ГК РФ указывает, что подлежит компенсации *ущерб*, причиненный правомерными действиями. Означает ли слово «ущерб» в ст. 16.1 ГК РФ, что по общему правилу упущенная выгода и моральный вред не возмещаются при правомерности причинения вреда? В Концепции совершенствования общих положений ГК РФ указывалось, что для случаев возмещения правомерно причиненного ущерба механизм возмещения убытков, установленный ст. 15 ГК РФ, не должен применяться (п. 1.4 § 3 разд. II Концепции совершенствования общих положений ГК РФ).

В связи с этим можно сделать вывод, что по общему правилу ст. 16.1 ГК РФ предполагает возмещение только реального ущерба, но не упущенной выгоды или морального вреда.

Однако объем возмещения правомерно причиненного вреда зависит и от толкования условий специального закона, которым устанавливается право на компенсацию вреда. В специальной норме может быть прямо указано, что возмещению подлежит не только реальный ущерб,

но и, например, упущенная выгода (ст. 57 ЗК РФ), или же, напротив, подтверждено общее правило о том, что возмещению подлежит только реальный ущерб (ст. 9 Закона об азартных играх).

Также в законе может прямо не указываться на компенсацию упущенной выгоды, но это может следовать из толкования данной нормы или утвержденной методики расчета возмещаемого вреда. Например, в п. 5 ст. 790 ГК РФ установлено, что в случаях, когда в соответствии с законом или иными правовыми актами установлены льготы или преимущества по провозной плате за перевозку грузов, пассажиров и багажа, понесенные в связи с этим *расходы* возмещаются транспортной организацией за счет средств соответствующего бюджета. Несмотря на то что в законе используется слово «расходы», исходя из характера отношений, можно сделать вывод, что имеется в виду в том числе упущенная выгода: она выражается в не полученном перевозчиком доходе в виде разницы между полной и льготной стоимостью проезда.

О возмещении в том числе упущенной выгоды может свидетельствовать и использование слова «убытки», которое в отсутствие оговорок должно означать полное возмещение убытков.

Что касается морального вреда, по общему правилу (ст. 151 ГК РФ) он компенсируется только в случаях нарушения личных неимущественных прав, т.е. неправомерного вмешательства в неимущественную сферу потерпевшего. Если же действие является правомерным, то необходимо, чтобы воля законодателя была прямо направлена на компенсацию такого вреда. Например, в ст. 18 Федерального закона от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму» прямо установлено, что подлежит возмещению в том числе моральный вред. В то же время воля законодателя на возмещение и морального вреда может быть выражена и в общих фразах, например «возмещение вреда в полном объеме».

#### **4. Причинители правомерного вреда**

Статьей 16.1 ГК РФ, в отличие от ст. 16 ГК РФ, устанавливается возможность компенсации вреда, причиненного действиями не только государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц этих органов, но и иных лиц, которым государством делегированы властные полномочия. В п. 1.3 комментария к ст. 16 ГК РФ рассматривались случаи, когда на государство может быть возложена обязанность по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями частных лиц, которым государство делегировало властные полномочия. Эта ответственность базируется на соблюдении специальных

критериев, выработанных ЕСПЧ и отечественной судебной практикой. Если же действия частных лиц, наделенных публичными функциями, являлись правомерными, но причинили вред иным частным лицам, они подлежат возмещению только в случаях, прямо установленных законом. При этом ст. 16.1 ГК РФ не уточняет, за чей счет компенсируется такой вред. С учетом добровольности принятия государством на себя обязательства по компенсации правомерно причиненного вреда в специальном законе может быть установлено, что и правомерно причиненный иными лицами вред возмещается государством, а в некоторых случаях – и лицами, причинившими вред. Так, ст. 57.1 ЗК РФ содержит положения о компенсации убытков правообладателям земельных участков в связи с установлением зон с особыми условиями использования территорий. Согласно п. 1 ч. 8 этой статьи убытки возмещаются, в частности, собственником или застройщиком объекта, в связи со строительством которого устанавливается зона с особыми условиями использования территорий (железная дорога, газопровод, нефтепровод, аэропорт и др.).

Похожая ситуация складывается в случаях, когда в связи со строительством дорог, магистралей и иных объектов необходимо осуществить перенос сетей связи. В соответствии со ст. 6 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» убытки, связанные с переносом, подлежат возмещению оператору связи. В законодательстве и подзаконных актах не уточняется, за чей счет подлежат возмещению убытки – за счет заказчика строительства (нередко им является муниципальное образование) или собственника объектов, в связи со строительством которых требуется осуществить перенос сетей связи. ВС РФ еще не выразил однозначную позицию по этому вопросу. Судебная практика нижестоящих судов, скорее, исходит из того, что убытки возмещаются заказчиком строительства.

### **5. Пример: отчуждение имущества для государственных нужд**

Дискреция федерального законодателя в установлении случаев компенсации правомерно причиненного вреда не является абсолютной. Она ограничена как минимум требованиями Конституции РФ. Так, в ст. 35 Конституции РФ закреплено, что принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения; никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Это означает, что законом со ссылкой на ст. 16.1 ГК РФ не могут быть установлены иные правила компенсации за отчуждение имущества для государственных нужд: не может быть ограничен размер компенсации,

круг лиц, имеющих на нее право, не может быть установлен иной, помимо судебного, порядок принятия решения об отчуждении имущества для государственных нужд. Эти положения Конституции РФ реализованы в ст. 279–282, 306 ГК РФ, ст. 49 гл. VII.1 ЗК РФ.

### **5.1. Национализация в Крыму**

Проблема с пониманием этого принципа при установлении условий и порядка отчуждения имущества частных лиц в пользу публично-правового образования возникла в Республике Крым. В 2014 г. на полуострове были приняты несколько взаимосвязанных актов и решений, на основании которых право собственности на некоторое имущество частных лиц перешло к Республике Крым (абзац третий п. 1 ст. 2-1 Закона Республики Крым от 31 июля 2014 г. № 38-ЗРК, постановление Государственного Совета Республики Крым от 30 апреля 2014 г. № 2085-6/14, индивидуальные решения о включении объектов частной собственности в Перечень имущества, учитываемого как собственность Республики Крым). Ни в одном из указанных актов не были соблюдены требования Конституции РФ о предварительном и равноценном возмещении и о судебном решении. Право собственности некоторых частных лиц было прекращено в силу самого факта принятия нормы о возможности прекращения права собственности и индивидуального решения исполнительного органа. Аналогичная ситуация произошла в г. Севастополе.

Несмотря на очевидное противоречие этих положений местного закона и самого отчуждения частного имущества норме ст. 35 Конституции РФ, суды отказывали собственникам этого имущества в исках о компенсации вреда. Суды считали, что отчуждение имущества являлось правомерным, поскольку было основано на нормах Закона Республики Крым, который был принят на основании ст. 12.1 Федерального конституционного закона от 21 марта 2014 г. № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов — Республики Крым и города федерального значения Севастополь», предоставившей местным властям Крыма право устанавливать особенности регулирования имущественных отношений. При этом указывалось, что причиненный вред не подлежит возмещению в соответствии со ст. 16.1 ГК РФ, поскольку законом Крыма не было установлено право на компенсацию.

Эта проблема была рассмотрена КС РФ, который истолковал спорные положения законов Республики Крым как не позволяющие произвольно прекращать право собственности частных лиц без соблюдения требований Конституции РФ и федерального законодательства (Постановление КС РФ от 7 ноября 2017 г. № 26-П).



Для реализации положений Конституции РФ Республикой Крым был принят Закон от 30 декабря 2016 г. № 345-ЗРК/2016, предусматривающий право бывших собственников имущества на возмещение вреда. Вместе с тем выплата компенсации в соответствии с этим Законом ограничена кругом лиц, которые имеют на нее право (ч. 2 ст. 1), размером компенсации (только рыночная стоимость за вычетом множества сумм (ст. 3)), порядком выплаты компенсации, которая предусматривает краткие сроки для обращения в уполномоченный орган (ч. 3 ст. 5) и длительные сроки для принятия решения о выплате компенсации (ст. 6), а также размером бюджетных ассигнований, выделенных на эти цели (ст. 7).

Несмотря на то что властями Крыма впоследствии все же были предприняты попытки к возмещению вреда, причиненного отчуждением частного имущества, требования Конституции РФ все равно не были соблюдены: компенсация не являлась предварительной и равноценной, а само отчуждение не было основано на судебном решении. Такая ситуация является неприемлемой и должна рассматриваться с точки зрения ответственности государства за незаконные действия (см. п. 2 настоящего комментария, п. 3.7 комментария к ст. 16 ГК РФ).

### ***5.2. Фактическое лишение имущества без изъятия***

Другой пример обхода требований Конституции РФ о равноценном возмещении за изъятый земельный участок — это ситуации, когда государственным (муниципальным) органом предпринимаются действия, фактически лишаящие правообладателя возможности использовать земельный участок по назначению, но решение об изъятии земельного участка для государственных нужд не принимается.

В ст. 49 ЗК РФ установлены основания изъятия земельных участков для государственных нужд. Такими основаниями являются, например, строительство объектов транспорта, линейных объектов, объектов энергетических систем и др. Вместе с тем встречаются случаи, когда строительство данных объектов осуществляется без изъятия частных земельных участков. Это может быть обосновано отсутствием исключительной необходимости изъятия или возможностью использовать земельные участки с некоторыми ограничениями, вводимыми в связи со строительством объектов. В некоторых случаях такое решение может являться оправданным, в частности, если у собственника действительно сохраняются возможность и интерес использовать земельный участок по назначению. Однако это не всегда так. Иногда собственник фактически лишается своего имущества в связи со строительством, перепланировкой дорог или нахождением рядом с его домом опасного

объекта, но земельный участок не изъят, и собственнику не выплачена за него компенсация.

Суды могут посчитать действия по строительству соответствующих объектов правомерными и отказать в возмещении вреда, посчитав, что законодательством РФ не установлены случаи компенсации вреда в таких случаях. Подобная аргументация является необоснованной, поскольку обязанность изъятия земельного участка и выплаты возмещения следует из ст. 35 Конституции РФ, а также ст. 279–282 ГК РФ, ст. 49 гл. VII.1 ЗК РФ.

В п. 4 Обзора судебной практики по делам, связанным с изъятием для государственных или муниципальных нужд земельных участков в целях размещения объектов транспорта, утвержденного Президиумом ВС РФ 10 декабря 2015 г., разъяснено, что отсутствие решения об изъятии земельного участка (его части) или несоблюдение процедуры изъятия земельного участка для государственных или муниципальных нужд само по себе не лишает правообладателя такого участка права на возмещение убытков, причиненных фактическим лишением имущества, например, если земельный участок был использован для строительства автомобильной дороги.

#### **6. Пример: компенсация за ограничение права пользования земельным участком**

В некотором роде продолжением конституционного принципа неприкосновенности частной собственности (ст. 35 Конституции РФ) является выплата компенсации не за прекращение права собственности для государственных нужд, а за его ограничение. Возможность дальнейшего использования земельного участка при наличии оснований для его изъятия не всегда очевидна, она может оцениваться различными экспертами по-разному. В результате грань между фактическим лишением и ограничением права собственности на земельные участки может оказаться довольно тонкой. Поэтому являлось бы несбалансированным правовое регулирование, допускающее право на возмещение вреда только за прекращение права собственности и не предоставляющее никаких гарантий собственникам земельных участков за ограничение их прав в результате тех же обстоятельств — строительства железных дорог, магистралей, трубопроводов и т.д.

Частичную компенсацию убытков собственников земельных участков, возникающих в связи с ограничением прав на землю, может обеспечить публичный сервитут (ст. 23 гл. V.7 ЗК РФ). Статьей 39.46 ЗК РФ регулируется порядок осуществления платы за публичный сервитут. При этом в соответствии с п. 10 этой статьи в счет платы

за публичный сервитут не засчитываются и возмещаются независимо от такой платы:

- 1) убытки, причиненные невозможностью исполнения правообладателем земельного участка обязательств перед третьими лицами;
- 2) иные убытки, причиненные правообладателю земельного участка в результате деятельности, осуществляемой обладателем публичного сервитута на земельном участке, включая убытки, причиненные повреждением имущества (в том числе вследствие аварии или в связи с предотвращением аварии).

Возмещение таких убытков можно квалифицировать как частный случай ст. 16.1 ГК РФ о компенсации вреда, причиненного правомерными действиями лиц, наделенных публичными функциями.

Более общие основания возмещения убытков, причиненных ограничением прав на землю, установлены в ст. 57, 57.1 ЗК РФ.

Статьей 57 ЗК РФ предусматривается четыре случая возмещения убытков:

- 1) ухудшение качества земель в результате деятельности других лиц (п. 2 ч. 1);
- 2) ограничение прав собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков (п. 4 ч. 1);
- 3) ограничение прав собственников расположенных на земельных участках зданий, сооружений, помещений, в связи с установлением, изменением зон с особыми условиями использования территорий, режим которых не допускает размещение данных объектов (п. 4.1 ч. 1);
- 4) изменение целевого назначения земельного участка без согласования с собственником (п. 5 ч. 1).

Прежде всего следует определить, подразумевает ли ст. 57 ЗК РФ возмещение убытков, причиненных правомерными действиями, или имеет в виду только ответственность за незаконные акты.

В Постановлении Правительства РФ от 7 мая 2003 г. № 262 уточняется, что основанием возмещения убытков в соответствии со ст. 57 ЗК РФ является среди прочего акт уполномоченного органа об ограничении прав собственника земельного участка, соглашение о сервитуте или решение суда (п. 2). Возмещение убытков осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов или лицами, деятельность которых вызвала необходимость установления охранных, санитарно-защитных зон и влечет за собой ограничение прав собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков либо ухудшение качества земель (п. 4). При определении размера убытков, причиненных собственникам

земельных участков ограничением их прав, учитываются разница между рыночной стоимостью земельного участка без учета ограничений прав и рыночной стоимостью земельного участка с учетом этих ограничений, убытки, которые собственники земельных участков несут в связи с досрочным прекращением своих обязательств перед третьими лицами, в том числе упущенная выгода, а также расходы, связанные с ограничением прав (п. 7).

Из приведенных положений следует, что ст. 57 ЗК РФ направлена на компенсацию убытков, причиненных в том числе правомерными ограничениями прав на землю, в частности, при изменении целевого назначения земельного участка, при установлении охранных зон и т.д. В противном случае у правообладателей не возникали бы убытки такого рода, поскольку они могли бы требовать прекращения незаконных ограничений.

Какие ограничения прав на землю имеются в виду? Если п. 4.1 и п. 5 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ устанавливают довольно конкретные случаи компенсации убытков (установление охранных зон и изменение целевого назначения), то в п. 4 этой статьи закреплено довольно общее основание, которое охватывает и другие пункты, — «ограничение прав собственников земельных участков, землепользователей, землевладельцев и арендаторов земельных участков». Но почему в отдельные пункты выделены именно охранные зоны и изменение целевого назначения, а иные, схожие по своему характеру меры специально не выделены?

Например, чем принципиально для целей компенсации убытков отличается изменение целевого назначения земельного участка от изменения территориального зонирования (ст. 85 ЗК РФ, ст. 30 и 40 ГрК РФ)? Или чем отличается изменение генерального плана в части включения в него охранной зоны от других изменений генерального плана (ст. 23 ГрК РФ) или правил землепользования и застройки (ст. 33 ГрК РФ)? Во всех этих случаях происходит ограничение прав собственников и иных правообладателей земельных участков в публичном интересе.

Но можно ли считать, что п. 4 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ охватывает все эти случаи и является общим основанием для компенсации убытков, причиненных любыми градостроительными решениями, а п. 4.1 и п. 5 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ — частными случаями таких публичных ограничений? Этот вопрос является непростым с точки зрения и его законодательного регулирования, и практики применения, и политико-правового обоснования того или иного решения.

Проблема заключается в необходимости соблюсти баланс частного интереса в сохранении своих правовых ожиданий в части возможно-

стей использования своего земельного участка и публичного интереса в осуществлении правомерного градостроительного планирования, реализации градостроительной политики и выполнения своих публичных функций (благоустройство города, строительство дорог, организация парков, скверов и т.д.). Если возложить на публично-правовое образование чрезмерное бремя компенсации любых убытков всем правообладателям земельных участков, которых тем или иным образом коснулось какое-либо градостроительное решение, реализация градостроительной политики может быть существенно затруднена или даже может стать невозможной. Поэтому и в законодательствах зарубежных стран, и в доктрине юристы довольно осторожно относятся к решению этого вопроса.

Если посмотреть историю изменений ст. 57 ЗК РФ, будет видно, что в нее постепенно добавлялись новые основания выплаты компенсации и при этом исключались старые. Новыми основаниями как раз являлись п. 4.1 и п. 5 ч. 1 об охранных зонах и изменении целевого назначения земельного участка. Пункт 5 ч. 1 был добавлен в 2004 г., а п. 4.1 – в 2018 г. Это связано с тем, что сама по себе общая норма п. 4 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ полноценно не работала, суды опасались применять ее слишком широко. В этом проявляется казуистичность законотворчества в России, и обособление п. 4 и п. 5 ч. 1 ст. 57 в отдельные пункты, а не включение их в качестве примеров в п. 4, скорее, говорит о не совсем корректной юридической технике этой статьи, чем о том, что такие основания имеют какие-то значительные отличия от иных ограничений прав на земельные участки.

В связи с этим можно увидеть тенденцию к постепенному уточнению п. 4 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ, чтобы придать судам уверенности, что законодатель имел в виду именно правомерные и именно публичные ограничения прав на земельные участки.

В судебной практике также наблюдается склонность к широкому, содержательному анализу градостроительных решений с учетом соблюдения прав собственников и правообладателей земельных участков. Так, согласно позиции ВС РФ, органы государственной власти, обладая достаточно широкой дискрецией в сфере градостроительства, при изменении правового регулирования не могут действовать произвольно без объективного и разумного обоснования, должны соблюдать баланс частных и публичных интересов, конституционные принципы справедливости, равенства, соразмерности, которые, как указывал в своих решениях КС РФ, предполагают сохранение разумной стабильности правового регулирования, недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм (Апелляционное определение

СКАД ВС РФ от 3 июля 2019 г. № 53-АПА19-24). В этом деле ВС РФ признал неправомерным изменение функциональной и территориальной зоны в отношении спорного земельного участка, находящегося в частной собственности, с зоны застройки индивидуальными жилыми домами на зону городской рекреации, градостроительный регламент которой предусматривает возможность его использования неограниченным кругом лиц. Суд сослался на отсутствие обоснования необходимости такого изменения и на то, что само по себе наличие зеленых насаждений на земельном участке не может служить достаточным обоснованием изменения территориального планирования и градостроительного зонирования.

Хотя в судебной практике проблемы изменения территориального зонирования, скорее, решаются не через ст. 57.1 ЗК РФ о компенсациях за ограничения прав, а через попытки признания такого изменения незаконным, в любом случае стоит поддержать имеющуюся положительную тенденцию к содержательной, а не формальной оценке судами воздействия публичных градостроительных решений на права частных лиц. Если в результате такой оценки окажется, что градостроительное решение является обоснованным, адекватным, разумным, пропорциональным, соразмерным и последовательным, то оно может быть оставлено в силе с учетом возможности возмещения собственникам убытков по п. 4 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ.

Вместе с тем широкое толкование п. 4 ч. 1 ст. 57 ЗК РФ требует учета публичного интереса в осуществлении правомерного градостроительного планирования, чтобы не возложить на публично-правовое образование чрезмерное экономическое бремя реализации своих градостроительных функций. Вопрос о балансировании интересов собственника в сохранении потенциальных возможностей использования своего земельного участка и общества в лишении собственника таких потенциальных возможностей остается открытым и выходит за пределы настоящего комментария.

С учетом того, что ст. 57 ЗК РФ в настоящее время прямо указывает на компенсацию любых убытков, в том числе упущенной выгоды, и в то же время точно не раскрывает содержание п. 4 ч. 1 об ограничениях прав на землю, стоит ожидать дальнейшего законодательного совершенствования этой статьи<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Проектом федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятым ГД ФС РФ в первом чтении, предусматривается включение в ГК РФ ст. 295.2, регулирующей отношения по ограничению права собственности на земельный участок в публичных интересах без изъятия участка у собствен-

### **7. Пример: возмещение убытков в связи с утратой зарегистрированного права на недвижимое имущество**

Иногда в законе устанавливается право частных лиц на возмещение вреда, причиненного в какой-либо публичной сфере, но не уточняется, что это право может быть реализовано и в случае правомерности действий государственных органов. В результате специальные положения законодательства могут быть расценены судами как конкретизирующие ст. 16 и 1069 ГК РФ, а не ст. 16.1 ГК РФ, и в возмещении вреда может быть отказано в связи с недоказанностью незаконности (противоправности).

Такая ситуация сложилась с применением ст. 31.1 сейчас уже не действующего Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Эта норма действовала до 1 января 2020 г. В соответствии с ней собственник жилого помещения, который не вправе его истребовать от добросовестного приобретателя, а также добросовестный приобретатель, от которого было истребовано жилое помещение, имеет право на разовую компенсацию за счет казны Российской Федерации в размере 1 млн руб.

Суды отказывали потерпевшим в возмещении вреда, ссылаясь на то, что заявители утратили право на зарегистрированное имущество в результате противоправных действий третьих лиц, а действия регистрирующего органа являлись правомерными, что исключает ответственность государства в соответствии со ст. 16, 1069 ГК РФ. КС РФ, рассмотрев эту проблему, признал ст. 31.1 Закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним не соответствующей Конституции РФ в той мере, в которой она по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, не допускает выплату компенсации по мотиву отсутствия оснований для привлечения компетентного государственного органа к ответственности за незаконные действия (бездействие). При этом КС РФ указал, что многозначность юридического термина «компенсация» налагает на законодателя обязанность использовать его таким образом, чтобы его правовая природа и условия реализации права на нее были понятны правоприменительным органам (Постановление КС РФ от 4 июня 2015 г. № 13-П).

Эта позиция КС РФ не была учтена в новой ст. 68 Закона о государственной регистрации недвижимости, которая должна была вступить в силу с 1 января 2020 г. Более того, в данной статье были

---

ника. В этой статье освещаются и вопросы компенсации за публичные ограничения. Вместе с тем в настоящее время перспективы принятия законопроекта представляются туманными, а возможная редакция ст. 295.2 ГК РФ — непредсказуемой.

установлены намного более ограниченные случаи выплаты компенсации, которые свели бы возможность ее выплаты к нулю. Так, было закреплено, что однократная компенсация в размере, не превышающем 1 млн руб., может быть выплачена добросовестному приобретателю, у которого было истребовано единственное пригодное для постоянного проживания жилое помещение, или собственнику, которому было отказано в виндикации, только если взыскание по исполнительному документу о возмещении третьими лицами убытков прекращено в случае:

1) смерти должника-гражданина, объявления его умершим или признания безвестно отсутствующим, если установленные судебным актом, актом другого органа или должностного лица требования или обязанности не могут перейти к правопреемнику и не могут быть реализованы доверительным управляющим, назначенным органом опеки и попечительства;

2) внесения записи об исключении юридического лица (должника-организации) из ЕГРЮЛ.

Такое законодательное регулирование являлось неудовлетворительным, поскольку не создавало участникам оборота недвижимости надлежащих гарантий достоверности публичного реестра недвижимости (ст. 8.1 ГК РФ) и только имитировало право на компенсацию убытков.

В рамках реализации Постановления КС РФ от 4 июня 2015 г. № 13-П был принят Федеральный закон «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной регистрации недвижимости»», которым, можно надеяться, будет значительно улучшено положение добросовестных приобретателей. Статья 68 Закона о государственной регистрации недвижимости была признана утратившей силу, а нормы о компенсации выделены в отдельную гл. 10.1, чтобы подчеркнуть их особую правовую природу по сравнению с ответственностью государства.

В новой ст. 68.1 Закона о государственной регистрации недвижимости, вступившей в силу с 1 января 2020 г., установлено, что физическое лицо — добросовестный приобретатель, от которого было истребовано жилое помещение в соответствии со ст. 302 ГК РФ, имеет право на выплату однократной единовременной компенсации за счет казны Российской Федерации (ч. 1). Компенсация выплачивается, если в соответствии с вступившим в законную силу судебным актом о возмещении ему убытков, возникших в связи с истребованием от него жилого помещения, взыскание по исполнительному документу произведено частично или не производилось в течение шести месяцев со дня предъявления этого документа к исполнению (ч. 2). Размер компенсации



определяется судом исходя из суммы, составляющей реальный ущерб, либо по выбору добросовестного приобретателя в размере кадастровой стоимости жилого помещения, действующей на дату вступления в силу судебного акта (ч. 3).

В ч. 2 ст. 2 Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственной регистрации недвижимости»» было закреплено, что в случае, если утрата физическим лицом — добросовестным приобретателем жилого помещения стала следствием ненадлежащего исполнения органом регистрации прав своих полномочий, положения ст. 68.1 Закона о государственной регистрации недвижимости не применяются, а возмещение убытков добросовестному приобретателю осуществляется в соответствии со ст. 66 этого же Закона об ответственности государства за незаконные акты.

Таким образом, были устранены неадекватные препятствия для выплаты компенсации, установленные ст. 68 Закона о государственной регистрации недвижимости в предыдущей редакции, увеличен размер компенсации до реального ущерба или кадастровой стоимости, сокращен срок неисполнения судебного акта о возмещении убытков с года до шести месяцев. Такие изменения можно оценить положительно.

Вместе с тем в соответствии с новой нормой были лишены права на компенсацию собственники недвижимого имущества, которые не вправе его истребовать от добросовестного приобретателя. Такое законодательное решение представляется не вполне обоснованным. Правовая природа рассматриваемой компенсации предполагает, что она является гарантией защиты от недостоверности публичного реестра. Поэтому не должно иметь значения, кто пострадал от этой недостоверности — добросовестный приобретатель или собственник: в любом случае имела место фактическая ошибка государственного органа, которая привела к незащищенности зарегистрированного права. При этом неважно, почему собственник или добросовестный приобретатель лишились недвижимости, потому что критерием выплаты компенсации является недостоверность реестра, которая привела к утрате зарегистрированного права, а не гражданско-правовые основания утраты недвижимости.

В этом контексте было бы актуально распространить выплату компенсации на утрату нежилых помещений при аналогичных обстоятельствах, а также на снос самовольных построек, которые были зарегистрированы как объекты недвижимости (при добросовестности собственника земельного участка), равно как и на иные случаи, когда утрата зарегистрированного права была обусловлена недостоверностью реестра недвижимости.

### **8. Пример: реквизиция**

В соответствии с п. 1 ст. 242 ГК РФ в случаях стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий и при иных обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер, имущество в интересах общества по решению государственных органов может быть изъято у собственника в порядке и на условиях, установленных законом, с выплатой ему стоимости имущества (реквизиция).

Наиболее часто эта статья применяется в случаях реквизиции животных при эпизоотии.

В соответствии с частью первой ст. 19 Закона РФ от 14 мая 1993 г. № 4979-1 «О ветеринарии» при ликвидации очагов особо опасных болезней животных по решениям высших исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации могут быть изъяты животные и (или) продукты животноводства с выплатой собственнику животных и (или) продуктов животноводства их стоимости за счет средств бюджета соответствующего субъекта Российской Федерации и выдачей этому собственнику соответствующего документа о таком изъятии.

Правила отчуждения животных и изъятия продуктов животноводства при ликвидации очагов особо опасных болезней животных установлены Постановлением Правительства РФ от 26 мая 2006 г. № 310.

Поскольку животные изымаются за счет бюджета субъектов РФ, региональными законами устанавливается порядок выплаты соответствующих компенсаций. Иногда в таких нормативных правовых актах расширяются основания отказа в выплате компенсации. В качестве оснований отказа могут быть указаны, в частности, несоблюдение собственником животных ветеринарных правил, что привело к вспышке эпизоотии (например, постановление Правительства Тюменской области от 19 июля 2010 г. № 206-п), наличие страхового договора (например, постановление Правительства Кабардино-Балкарской Республики от 19 октября 2016 г. № 188-ПП) или иные основания, отличные от нормативно-правового регулирования на федеральном уровне.

В связи с этим важно учитывать разграничение компетенции федерального и регионального законодателя. Субъекты РФ наделены компетенцией только в отношении осуществления мер по борьбе с эпидемиями (п. «з» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) и бюджетными полномочиями в своей сфере (ст. 73 Конституции РФ, ст. 85 БК РФ). Гражданское законодательство, регулирующее основания выплаты компенсации, относится к исключительной сфере ведения РФ (п. «о»

ст. 71 Конституции РФ). Поэтому субъекты РФ не вправе изменять основания выплаты компенсации, установленные федеральным законодательством.

Судебная практика также исходит из неправомерности установления в актах субъектов РФ дополнительных ограничений для выплаты компенсаций, не предусмотренных федеральным законодательством. ВС РФ признаны недействительными положения нескольких актов субъектов РФ, предусматривающие отказ в выплате компенсации в связи с несоблюдением собственником животных ветеринарных правил (апелляционные определения Судебной коллегии по административным делам ВС РФ от 4 июля 2018 г. № 21-АПГ18-2, от 26 сентября 2018 г. № 89-АПГ18-2). При этом ВС РФ указал, что действующее законодательство не устанавливает зависимость выплаты компенсации собственникам и иным владельцам за отчужденное имущество от соблюдения ими ветеринарных норм и правил. Основанием для возмещения ущерба является наличие у названных лиц акта об отчуждении (изъятии) и копии решения руководителя исполнительного органа государственной власти соответствующего субъекта РФ об организации проведения отчуждения (изъятия).

В то же время необходимо отметить, что, если вспышка эпизоотии возникла в результате несоблюдения собственником животных ветеринарных правил, размер возмещения может быть уменьшен применительно к ст. 1083 ГК РФ об учете вины потерпевшего.

### **9. Пример: компенсация не полученных частными лицами доходов в связи с оказанием услуг по льготным ценам**

Реализуя государственную политику в сфере социального обеспечения, государство устанавливает льготы, которые обычно выражаются в обязанности предпринимателей оказывать услуги некоторым категориям граждан бесплатно или по сниженным ценам. В связи с соблюдением этих правомерных предписаний у предпринимателей образуются убытки, выраженные в неполученном доходе от обслуживания льготных категорий граждан. С учетом того, что регулирование цен в таких случаях обусловлено не экономической, а социальной потребностью, государство обычно берет на себя обязательство компенсировать предпринимателям разницу между экономически обоснованной стоимостью услуг и льготными ценами.

Одним из примеров является п. 5 ст. 790 ГК РФ, согласно которому в случаях, когда в соответствии с законом или иными правовыми актами установлены льготы или преимущества по провозной плате за перевозку грузов, пассажиров и багажа, понесенные в связи с этим

расходы возмещаются транспортной организацией<sup>1</sup> за счет средств соответствующего бюджета.

Размер компенсации определяется исходя из разницы между полной и льготной стоимостью проездного билета и доли транспортной компании в общем количестве перевозок пассажиров. Судебная практика в основном исходит из необходимости подтверждения фактически осуществленных перевозок. Расчет убытков, произведенный исходя из среднестатистического количества поездок, признается необоснованным (определения СКЭС РФ от 4 июня 2015 г. № 301-ЭС14-6452, от 26 мая 2015 г. № 305-ЭС14-7952).

### **9.1. Компенсация расходов «агентам» перевозчиков**

Транспортные компании, получившие право на перевозку пассажиров по маршрутам, зачастую привлекают иных лиц для исполнения своих обязательств, обычно именуя их агентами (субагентами). Оставляя в стороне вопрос о правовой природе таких договоров, акцентируем внимание на расходах, возникающих у этих лиц в связи с перевозкой льготных категорий пассажиров.

В практике ВАС РФ отрицалась возможность компенсации расходов субагентам, поскольку обязанность по перевозке возложена на них не публично-правовым образованием, а частным лицом (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 мая 2011 г. № 308/11).

ВС РФ в одном из дел отказал в принципе в компенсации расходов, понесенных агентами при перевозке льготных категорий пассажиров. Такое решение мотивировано тем, что в соответствии с агентским договором выручка агента является его вознаграждением, а все затраты на исполнение обязательств агентами относятся на агентов (Определение СКЭС ВС РФ от 11 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-17361).

Представляется, что суды исходят из того, что вознаграждение агента оказалось меньше, чем могло бы быть, не из-за того, что государство установило льготы по проезду, а из-за условий договора, определяющих вознаграждение агента не в твердой сумме, а в зависимости от выручки. И поскольку отношения между транспортной организацией, агентами и субагентами являются сугубо частными, то государство не обязано доплачивать агенту вознаграждение, определенное в гражданско-правовом договоре.

Однако такая логика представляется упречной и не вполне соответствующей целям установленной компенсации. Идея компенсации расходов, понесенных в связи с перевозкой «льготников», заключается

---

<sup>1</sup> В этой норме допущена опечатка: вместо «организацией» должно быть «организации».

в возложении на публично-правовое образование, а не на частных лиц бремени реализации государственной социальной политики. Если государство решило установить для каких-то категорий лиц льготы, то оно должно это делать за свой счет, а не за счет частных лиц. Поэтому не должно иметь значения, какое именно частное лицо в конечном итоге ощутило на себе негативный экономический эффект от перевозки пассажиров соответствующих категорий, — идея заключается в том, что эти расходы в любом случае должно нести государство. В связи с этим более сбалансированным и обоснованным подходом было бы признание права агентов на компенсацию расходов, понесенных в связи с перевозкой льготных категорий пассажиров.

### ***9.2. Публично-правовое образование, обязанное компенсировать расходы***

С учетом того, что социальное обеспечение граждан относится к предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ (п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ), иногда затруднительно определить, за счет какого публично-правового образования должны быть возмещены соответствующие расходы (убытки).

Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»» (далее — Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ) с 1 октября 2005 г. отменил льготы по проезду отдельным категориям граждан, но предписал субъектам РФ и муниципальным образованиям при замене льгот в натуральной форме на денежные компенсации вводить эффективные правовые механизмы, обеспечивающие сохранение и возможное повышение ранее достигнутого уровня социальной защиты граждан.

Для реализации этого требования федерального законодательства нормативно-правовыми актами субъектов РФ устанавливаются некоторые льготы, а также правила возмещения расходов транспортных организаций, понесенных в связи с перевозкой льготных категорий пассажиров.

В то же время некоторые льготы установлены и федеральным законодательством, например в ст. 181 Кодекса торгового мореплавания РФ, ст. 106 Воздушного кодекса РФ, ст. 100 Кодекса внутрен-

него водного транспорта РФ, ст. 6.2 Федерального закона от 17 июля 1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» и в других актах.

ВАС РФ разъяснял, что при определении публично-правового образования, за счет казны которого подлежат удовлетворению требования о взыскании убытков в связи с осуществляемым после 1 января 2005 г. предоставлением потребителям бесплатно или по льготным ценам товаров (работ, услуг), необходимо иметь в виду положения ст. 84, 85 БК РФ, ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», разграничивающие полномочия Российской Федерации и субъектов РФ по предметам совместного ведения, в том числе по вопросам социальной защиты населения, и устанавливающие принципы финансового обеспечения осуществления данных полномочий. Ответчиком по указанным делам выступает публично-правовое образование, к расходным обязательствам которого было отнесено финансирование соответствующих льгот (п. 19 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 23).

Если финансирование льгот относится к расходным обязательствам Российской Федерации (например, меры социальной поддержки инвалидов, участников Великой Отечественной войны, ветеранов боевых действий, лиц, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС (ст. 44, 63 Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ)), то из федерального бюджета осуществляются субвенции субъектам РФ, за счет которых компенсируются соответствующие расходы.

Однако иногда выделенных из федерального бюджета средств на эти цели оказывается недостаточно, в связи с чем уполномоченные органы могут отказать в возмещении убытков. Такой отказ является необоснованным, поскольку публично-правовое образование не может освободиться от исполнения своих обязательств в результате недостаточности бюджетных средств или ненадлежащего бюджетного планирования.

ВАС РФ выражал позицию, что Россия как правовое и социальное государство не может произвольно отказаться от выполнения взятых на себя публично-правовых обязательств. Государством на субъект РФ возложена обязанность по обеспечению равной доступности услуг общественного транспорта льготным категориям граждан, а не по финансированию названных услуг, поэтому недостаточное выделение на эти цели денежных средств субъекту РФ в виде субвенций

не исключает доплаты разницы за счет средств РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 декабря 2011 г. № 7116/10). В таких случаях ответчиками по делу являются и субъект РФ, и Российская Федерация в лице Минфина России.

Если финансирование определенных льгот относится исключительно к расходным обязательствам субъектов РФ (это обычно прямо указывается в законе об установлении льгот), довыскание неполученных доходов с Российской Федерации не допускается, единственным ответчиком является субъект РФ (определения СКЭС РФ от 3 ноября 2015 г. № 309-КГ15-6125, от 11 апреля 2016 г. № 306-ЭС15-17361). При этом судебная практика исходит из того, что суммы убытков могут быть взысканы с публично-правового образования независимо от того, предусмотрены ли соответствующие средства в законе о бюджете (п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2006 г. № 23). В связи с этим ограничение суммы компенсации размером средств, выделенных в бюджете на эти цели, не допускается.

ЕСПЧ также неоднократно указывал на недопустимость неисполнения государством своих обязательств, предусматривающих какие-либо выплаты из бюджета, и на необходимость совершенствования бюджетного процесса, если он не позволяет осуществить такие выплаты (постановления ЕСПЧ от 15 января 2009 г. по делу «Бурдов (Burdov) против Российской Федерации» (№ 2) (жалоба № 33509/04), от 14 марта 2013 г. по делу «Емельяновы и другие (Yemelyanovy and Others) против Российской Федерации» (жалобы № 21264/07, 43829/08, 60248/08, 1816/09 5416/09 5701/09 6508/09 8405/09, 10909/09, 12060/09, 13103/09, 15963/09, 19404/09, 21 141/09, 21989/09, 23370/09, 23527/09, 25767/09, 25915/09, 25943/09, 25945/09, 29651/09, 38969/09, 41432/09, 42663 / 09, 46508/09, 46648/09, 49456/09 и 58976/09) и др.).

### ***9.3. Особенности исчисления исковой давности***

Особенности бюджетного планирования влияют и на порядок исчисления исковой давности. Судебная практика ВАС РФ исходила из того, что течение исковой давности по требованию о взыскании с публично-правового образования убытков, возникших в связи с неисполнением обязанности компенсации расходов на перевозку льготных категорий граждан, начинается не ранее окончания финансового года, когда была предоставлена льгота, т.е. с 1 января года, следующего за отчетным, если законом, иными нормативными правовыми актами не предусмотрены иные сроки (постановления Президиума ВАС РФ от 12 мая 2009 г. № 514/09, от 26 мая 2009 г. № 15759/08, от 15 сентября 2009 г. № 6676/09, от 26 апреля 2011 г. № 17828/10, от 11 сентября 2012 г. № 3790/12). ВС РФ эту практику, видимо, не изменил.

## **10. Пример: возмещение вреда, причиненного ликвидацией игорной зоны**

Законом об азартных играх установлен порядок создания и ликвидации игорных зон.

До недавнего времени в законодательстве РФ не предусматривалось никаких компенсаций лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность в игорной зоне, в случае ее ликвидации. Гарантией защиты их вложений считалась норма ч. 7 ст. 9 Закона об азартных играх, которой предусматривался безусловный запрет на ликвидацию игорной зоны до истечения 10 лет со дня ее создания. Федеральным законом от 25 декабря 2018 г. № 479-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»» внесены изменения в Закон об азартных играх, предусматривающие, что, если игорная зона ликвидируется после 10 лет со дня ее создания, решение об этом должно быть принято не менее чем за три года до фактического прекращения ее действия (ч. 7.1 ст. 9 Закона об азартных играх). Эта мера способствует предсказуемости и стабильности правового регулирования и позволяет предпринимателям своевременно под него подстроиться.

Однако упомянутым Федеральным законом от 25 декабря 2018 г. № 479-ФЗ введено уточнение в ч. 7 ст. 9 Закона об азартных играх, допускающее ликвидацию игорной зоны до истечения 10 лет со дня ее создания, но только в случаях, предусмотренных федеральным законом. На эти случаи не распространяется правило о предупреждении предпринимателей о ликвидации игорной зоны за три года (ч. 7.1 ст. 9 Закона об азартных играх), что потребовало установления дополнительных гарантий защиты прав инвесторов. Такой гарантией стало правило о компенсации предпринимателям реального ущерба, причиненного ликвидацией игорной зоны (ч. 7.3 ст. 9 Закона об азартных играх). При этом указывается, что реальный ущерб подлежит компенсации из бюджета субъекта РФ за счет и в пределах межбюджетных трансфертов из федерального бюджета бюджету субъекта РФ на компенсацию такого ущерба (ч. 7.4 ст. 9 Закона об азартных играх).

Ограничение выплат пределами межбюджетных трансфертов из федерального бюджета представляется попыткой произвольного уменьшения размера возмещения. В этом контексте могут использоваться те же подходы, что были рассмотрены в п. 9.2 настоящего комментария применительно к ограничению размера возмещения убытков,



причиненных в связи с установлением льгот, размером субвенций, выделенных из бюджета Российской Федерации на эти цели. Если выделенных бюджетных средств окажется недостаточно, недоплаченная сумма возмещения может быть взыскана с Российской Федерации в лице Минфина России как вред, причиненный недофинансированием предусмотренных федеральным законом обязательств.

Несмотря на имеющиеся недостатки правового регулирования, в целом стоит поддержать стремление законодателя компенсировать предпринимателям убытки, причиненные правомерной ликвидацией игорной зоны.

### **11. Пример: возмещение вреда, причиненного опасной деятельностью**

Во многих странах государство обязуется компенсировать вред, причиненный правомерной деятельностью правоохранительных органов, которая создает повышенный риск причинения ущерба непричастным лицам. В России такое обязательство установлено только применительно к случаям причинения вреда в результате проведения контртеррористической операции (ст. 18 Федерального закона «О противодействии терроризму»).

Федеральный закон «О полиции» не содержит условий возмещения вреда лицам, случайно пострадавшим от правомерных действий органов полиции.

Более того, в ч. 9 ст. 18 Федерального закона «О полиции» установлено, что сотрудник полиции не несет ответственности за вред, причиненный гражданам и организациям при применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия, если применение физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия осуществлялось по основаниям и в порядке, которые установлены федеральными конституционными законами, Федеральным законом «О полиции» и другими федеральными законами.

Аналогичные положения содержатся в ч. 14 ст. 18 Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 226-ФЗ «О войсках национальной гвардии Российской Федерации»: военнослужащий (сотрудник) войск национальной гвардии не несет ответственность за вред, причиненный гражданам и организациям при применении физической силы, специальных средств, оружия, боевой и специальной техники, если применение физической силы, специальных средств, оружия, боевой и специальной техники осуществлялось по основаниям и в порядке, которые установлены федеральными конституционными законами и федеральными законами. Возмещение такого вреда осуществляется в соответствии с законодательством РФ.

В ст. 28 Закона РФ от 21 июля 1993 г. № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» также установлено, что сотрудник уголовно-исполнительной системы не несет ответственности за вред, причиненный осужденным, лицам, заключенным под стражу, и иным лицам при применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия, если применение физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия осуществлялось по основаниям и в порядке, которые установлены федеральными законами, и признано правомерным.

Если воспринимать это регулирование как исключаящее требование о причинении вреда третьим лицам, пострадавшим от правоохранительной деятельности (случайный прохожий, застреленный при погоне за преступником; адвокаты и посетители места лишения свободы, убитые при пресечении побега, и др.), то можно заключить, что такое правовое регулирование представляется несоизмеримым и несбалансированным: государство несет публичную обязанность охраны правопорядка, и оно не должно перекладывать риск случайных ошибок в исполнении этой обязанности на частных лиц. В ряде правопорядков такие случаи считаются классическим основанием безвиновной ответственности за правомерные действия сотрудников правоохранительных органов.

В качестве иллюстрации как минимум неочевидности такого толкования можно привести следующее дело, рассмотренное ВС РФ (определение СКГД ВС от 21 сентября 2015 г. № 22-КГ15-4). При следовании автоколонны сотрудников Министерства внутренних дел РФ в одной из машин произошел взрыв. Через несколько минут после взрыва мимо остановившейся колонны проехал автомобиль без снижения скорости. Водитель транспортного средства, несмотря на требования сотрудников внутренних дел, не остановился, в связи с чем после двух выстрелов в воздух автомобиль был расстрелян, водитель убит. Впоследствии было установлено, что взрыв в машине автоколонны был спровоцирован неосторожным обращением сотрудников органов внутренних дел с оружием, а водитель транспортного средства к инциденту отношения не имел. Родственники погибшего обратились в суд с требованием о возмещении морального вреда. Суды первой и апелляционной инстанций удовлетворили требования заявителя исходя из того, что вред был причинен источником повышенной опасности – огнестрельным оружием. ВС РФ отменил эти решения и в иске отказал, указав, что «из содержания... норм ГК РФ следует, что компенсация вреда, причиненного в результате право-

мерных действий государственного органа, возможна лишь в случае, если это прямо предусмотрено законом. В рассматриваемом случае такого федерального закона не имеется. Более того, специальными федеральными законами установлена невозможность возмещения вреда, причиненного в результате правомерных действий сотрудников органов внутренних дел».

Решение ВС РФ представляется неоднозначным. Для сохранения возможности присуждения в случаях причинения вреда невиновным лицам можно было бы отметить следующее. Приведенные выше нормы, за исключением нормы Федерального закона «О противодействии терроризму», касаются безответственности сотрудника правоохранительного органа, но не констатируют безответственности государства. Признать же государство ответственным было бы возможно одним из следующих путей.

Во-первых, возможно подключение концепции «организационной вины»: даже если сотрудник органа исполнения наказаний правомерно применил огнестрельное оружие при попытке побега и застрелил другого заключенного, перед государством могут быть поставлены вопросы, например, почему был допущен побег заключенного, достаточная ли охрана была приставлена к сбегающему заключенному с учетом общественной опасности совершенных им деяний, почему сбегающий и посторонний заключенный оказались рядом и др. Хотя такое решение требует внимательного и творческого подхода со стороны судов, в некоторых случаях оно может перевести ситуацию в сферу ст. 16 ГК РФ и таким образом дать на выходе удовлетворительный результат в виде взыскания.

Во-вторых, с рядом оговорок некоторые ситуации могут решаться по правилам ст. 1067 ГК РФ о причинении вреда в состоянии крайней необходимости. В соответствии с частью первой этой статьи вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, т.е. для устранения опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами, должен быть возмещен лицом, причинившим вред.

В рассматриваемом примере действия государства по поимке сбегающего заключенного могут быть рассмотрены как направленные на предотвращение еще большего вреда. Вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, может быть отнесен к причинению вреда правомерным действием, однако неочевидно, можно ли считать ст. 1067 ГК РФ нормой, которая устанавливает основания и порядок возмещения вреда государством в соответствии со ст. 16.1

ГК РФ. Возможно, ст. 16.1 ГК РФ требует, чтобы в законе были установлены не общие (для всех субъектов), а специальные основания и порядок компенсации вреда, причиненного правомерными действиями именно государственных органов и иных указанных в ст. 16.1 ГК РФ лиц.

Помимо этого, ст. 1067 ГК РФ дает целых три варианта разрешения спора (взыскать с причинителя (ч. 1), взыскать с третьего лица, не взыскивать (ч. 2)). Но все же правило о компенсации вреда его причинителем является общим, если суд отказывает в возмещении вреда на основании части второй ст. 1067 ГК РФ, он должен это обосновать. В любом случае ст. 18 Федерального закона «О противодействии терроризму» о возмещении правомерно причиненного вреда государством можно было бы считать специальной нормой по отношению к ст. 1067 ГК РФ, в частности, исключающей применение ч. 2 указанной статьи. В то же время остается открытым вопрос о возможности считать иные положения законов об отдельных видах правоохранительной деятельности специальными по отношению к ч. 1 ст. 1067 ГК РФ и не допускающими возмещение вреда.

Предпочтительным является толкование, обеспечивающее наиболее полную компенсацию вреда случайно пострадавшим лицам; это означает применение части первой ст. 1067 ГК РФ как основания возмещения вреда, причиненного правомерными действиями правоохранительных органов в состоянии крайней необходимости. В противном случае правовое регулирование оказалось бы крайне непоследовательным и несбалансированным. В п. 1 ст. 1070 ГК РФ допускается даже возмещение вреда, причиненного государством юридическому лицу в результате невиновного приостановления его деятельности, а в специальных законах об отдельных видах правоохранительной деятельности намекается, что не подлежит возмещению вред, причиненный невиновным, случайным гражданам ошибочным применением силы сотрудниками правоохранительных органов. При отсутствии законодательных уточнений этот дисбаланс должен быть максимально скорректирован в пользу частных лиц — путем толкования ст. 18 Федерального закона «О полиции» и др. аналогичных положений как не допускающих возмещение вреда именно сотрудником правоохранительных органов, но не исключающих ответственность государства за вред, причиненный в состоянии крайней необходимости.

## Дополнительная литература

*Бланкенагель А., Калинина И.* Возмещение вреда, причиненного неправомерными действиями государства в ФРГ: от личной ответственности государственного служащего к ответственности государства через черный ход // Законодательство и экономика. 2005. № 12. С. 78–91.

*Богданов В.П., Богданова И.С.* Возмещение вреда, причиненного незаконными действиями правоохранительных органов и судов: некоторые вопросы теории и практики // Адвокат. 2013. № 1. С. 24–36.

*Ерохова М.А.* Условия ответственности казны за незаконные действия органов власти. Проблемы толкования норм ГК РФ в практике Верховного Суда РФ за 2017 г. // Закон. 2017. № 10. С. 55–63.

*Лазаревский Н.И.* Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами: Догматическое исследование. СПб.: Тип. СПб. акц. общ. печ. и писчебум. дела в России «Слово», 1905.

*Маковский А.Л.* Гражданская ответственность государства за акты власти // Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). – М.: Статут, 2010. С. 492–533.

*Маркелова А.А.* Государственный орган причинил вред. Как доказать противоправность и взыскать убытки // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 8. С. 74–85.

*Маркелова А.А.* Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 2: Особенная часть. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 99–146.

*Михайленко О.В.* Имущественная ответственность за вред, причиненный осуществлением публичной власти: теоретические аспекты и проблемы ее реализации на практике. М.: Волтерс Клувер, 2007.

*Нешатаева Т.Н.* Имущественная ответственность за вред, причиненный государством: проблемы судебной практики // Закон. 2009. № 11. С. 29–42.

*Оболонкова Е.В.* Возмещение ущерба, причиненного вследствие чрезвычайных ситуаций природного характера // Законодательство. 2019. № 6. С. 10–16.

*Рыбалов А.О.* Еще раз об ответственности государства и его органов. Комментарий к Определению Конституционного Суда РФ // Закон. 2013. № 12. С. 106–109.

*Флейшиц Е.А.* Ответственность государственных органов за имущественный вред, причиняемый должностными лицами. М.: Юридиздат МЮ СССР, 1948.

*Ягельницкий А.А.* Отклонения от принципа полного возмещения убытков, причиненных государством // Закон. 2017. № 10. С. 64–72.

*Ягельницкий А.А.* К вопросу о вине потерпевшего. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 15.02.2017 № 305-ЭС16-14064 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 21–26.

*Ahrens M.* Staatshaftungsrecht. C.F. Müller, 2013.

*Fairgrieve D.* State Liability in Tort A Comparative Law Study. Oxford University Press, 2003.

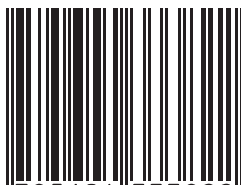
The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective (= Principles of European Tort Law. Vol. 1) / K. Oliphant (ed.). Intersentia, 2016.

# ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ПОСТАТЕЙНЫЙ КОММЕНТАРИЙ  
К СТАТЬЯМ 1–16.1 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ответственный редактор  
**А.Г. Карапетов**

ISBN 978-5-6043338-2-2



9 785604 333822