

ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Выпуск пятый

*Под редакцией
Е. С. Болтановой, Д. О. Тузова*

CENTESIMVS ANNVS

*Памяти
Б.Л. Хаскельберга
(1918–2011),
к столетию со дня рождения*



Москва
Инфотропик Медиа 2018

УДК 347
ББК 67.404
Б79

ПОД РЕДАКЦИЕЙ

доктора юридических наук Е. С. Болтановой;
доктора юридических наук д. О. Тузова

МЕЖДУНАРОДНЫЙ НАУЧНЫЙ КОМИТЕТ

dr hab., проф. В. Володкевич (Варшава); д-р, проф. П. Гарбарино (Верчелли);
dr hab., проф. Т. Гьяро (Варшава); академик Национальной Академии Линчеи
(Италия), проф. Р. Сакко (Турин); заслуженный деятель науки РФ, академик РАН,
д.ю.н., проф. Ю. К. Толстой (Санкт-Петербург)

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

д.ю.н., доц. Е. С. Болтанова (Томск); д.ю.н., проф. А. Г. Карапетов (Москва);
д-р, проф. П. Росси (Турин); д.ю.н., проф. А. Д. Рудоквас (Санкт-Петербург);
д.ю.н. Д. О. Тузов (председатель) (Санкт-Петербург)

Б 95 Centesimus annus: памяти Б. Л. Хаскельберга (1918–2011),
к столетию со дня рождения. **Цивилистические исследо-
вания.** Выпуск пятый / Под ред. Е. С. Болтановой, Д. О. Ту-
зова. — М.: Инфотропик Медиа, 2018. — 212 с. — ISBN 978-
5-9998-0309-2.

Агентство СІР РГБ

Настоящий выпуск «Цивилистических исследований» посвящен памяти выдающегося советского и российского цивилиста профессора Б. Л. Хаскельберга (1918–2011), которому в этом году исполнилось бы 100 лет. В выпуск вошли статьи, в том числе его коллег и учеников, посвященные современным проблемам российского и зарубежного гражданского права, а также истории частного права и цивилистики.

Издание рассчитано на научных работников, преподавателей вузов, студентов, аспирантов, практикующих юристов и всех тех, чей круг интересов связан с гражданским правом и его историей.

Все права защищены.

© Коллектив авторов, 2018
© ООО «Инфотропик Медиа, 2018
© ООО «ИМ Диджитал
Пабблишинг», оформл., 2018

ISBN 978-5-9998-0309-2



БОРИС ЛАЗАРЕВИЧ ХАСКЕЛЬБЕРГ — УЧИТЕЛЬ, НАСТАВНИК

28 мая 1918 года родился один из ведущих отечественных цивилистов, заслуженный юрист Российской Федерации Борис Лазаревич Хаскельберг. Пройдя трудный жизненный путь, он все эти годы преданно служил гражданско-правовой науке и до последнего дня не утрачивал живость ума, стремление делиться своими знаниями, интерес ко всему происходящему.



Б. Л. Хаскельберг и его ученик — проф. Д. О. Тузов были вдохновителями и редакторами «Цивилистических исследований», содержание которых отличалось актуальностью, глубиной, обстоятельностью. Борис Лазаревич успел принять участие в четырех выпусках этого издания не только как редактор, но и как автор¹. Так получилось, что настоящий, пятый выпуск был подготовлен уже без него, но в память об этом великом Человеке и Ученом.

¹ *Хаскельберг Б. Л.* Правоотношение из завещательного отказа и его элементы // *Цивилистические исследования: Сб. науч. тр. памяти профессора И. В. Федорова.* М.: Статут, 2004. Вып. 1. С. 78–110; *Хаскельберг Б. Л.* Основания и способы приобретения права собственности (общие вопросы) // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права.* Вып. 2 / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2006. С. 355–377; *Хаскельберг Б. Л.* Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права.* Вып. 3 / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2007. С. 309–344; *Хаскельберг Б. Л.* О виндикации имущества, приобретенного от несобственника, в дореволюционной России: законодательство, судебная практика, доктрина (краткий очерк) // *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права.* Вып. 4 / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. Томск: Пеленг, 2010. С. 117–135; *Хаскельберг Б. Л.* Правовая природа и значение государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество // Там же. С. 250–304.

Борис Лазаревич прошел две войны: финскую и Великую Отечественную. 3 июля 1940 года в войне с Финляндией он получил тяжелое ранение и был уволен из армии по инвалидности и в этом же году поступил во 2-й Ленинградский юридический институт имени М. И. Калинина, который закончил уже после Великой Отечественной войны. После окончания I курса Б. Л. Хаскельберг был мобилизован в армию, трижды за период Великой Отечественной войны был ранен (последнее ранение привело к инвалидности 2-й группы и демобилизации). Последствия ранения сказывались всю жизнь. Несмотря на это Борис Лазаревич пять десятилетий читал лекции, постоянно встречался с коллегами, студентами, соискателями. Даже когда ему было глубоко за 80, он каждую неделю приходил на кафедру Томского государственного университета, для того чтобы получать и делиться актуальной информацией.

В Томск Борис Лазаревич попал в 1951 году из Ленинграда по распределению после окончания аспирантуры, о чем он никогда не жалел и гордился тем, что более 60 лет проработал в Томском государственном университете. Поскольку юридический факультет Томского государственного университета только начал восстанавливаться с 1948 года, существовала острая нехватка кадрового персонала, каждый преподаватель читал несколько курсов и спецкурсов, проводил семинарские и практические занятия. «Моя педагогическая нагрузка, — вспоминал Борис Лазаревич, — в первые годы работы на факультете составляла 36–40 часов аудиторных занятий в неделю. Но мы с пониманием относились к существующей ситуации и с энтузиазмом осваивали новые курсы, благо общая теоретическая подготовка ... плюс ответственность и трудолюбие способствовали преодолению всех трудностей»².

Как отмечают те, кто учился у Б. Л. Хаскельберга, его лекции были глубоко содержательными, связанными с практикой применения норм, а получить у него хорошую или отличную оценку было престижно, поскольку он отличался принципиальностью³. Неслучайно,

² Юридический факультет (институт) Томского государственного университета: страницы воспоминаний (1948–2008) / под ред. В. А. Уткина. Томск: Изд-во НТЛ, 2008. С. 6–9.

³ К 100-летию юридического образования в Сибири были выпущены страницы воспоминаний, и фактически каждый выпускник юридического факультета вспомнил

сдавая выпускной государственный экзамен по гражданскому праву, мы больше всех боялись Бориса Лазаревича, это при том, что в состав комиссии входили такие опытные и известные цивилисты, как профессор И. В. Федоров, доцент В. И. Чернов. Но это был страх перед Ученым, его знаниями. Кстати, дополнительный вопрос на выпускном экзамене я получила именно от Бориса Лазаревича (это был вопрос на знание правил о недействительности сделки, совершенной с целью, противной основам нравственности и правопорядка). На самом деле, познакомившись уже ближе, будучи его аспиранткой, поняла, что Борис Лазаревич — очень отзывчивый, чуткий человек⁴. Он слушал и прислушивался, не боялся нового и мог меняться.

Бориса Лазаревича отличали универсальность специализации и широта охвата научной проблематики. Изданные труды Б. Л. Хаскельберга и сегодня являются необходимой доктринальной базой для будущих поколений ученых. Борис Лазаревич всегда шел в ногу со временем, его исследования были посвящены актуальным проблемам гражданского и семейного права. Результаты его научной деятельности способствуют обогащению науки гражданского права. В последние годы его научные интересы были связаны с недвижимостью, вещным правом, наследованием имущества. Б. Л. Хаскельберг написал целый ряд статей, содержание которых должен знать каждый, кто интересуется этими вопросами. В 2001, 2003, 2013 годах в соавторстве с В. В. Ровным были выпущены три монографии («Индивидуальное и родовое в гражданском праве»; «Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве», «Выморочные наследства»).

Борис Лазаревич пользовался большим авторитетом среди практических работников. К нему обращались за помощью представители судейского сообщества, когда перед ними возникали, казалось бы, неразрешимые вопросы, и получали квалифицированную помощь.

добрым словом Б. Л. Хаскельберга.

⁴ Меня не удивили воспоминания А. М. Рабца: «Пришел к нам на практические занятия Борис Лазаревич Хаскельберг... Группа сидит, что называется, как в воду опущенная: стипендию задержали. Узнав об этом, он долго не раздумывал: вытаскил 25 рублей — все, что у него с собой было... и дал каждому по рублю...» (там же, С. 51).

Собранные в течение всей жизни книги, журналы, которые занимали значительную часть его домашнего кабинета, были переданы Борисом Лазаревичем Юридическому институту Томского государственного университета. Библиотека Б. Л. Хаскельберга сохранена, и ею может пользоваться любой, кто желает только прикоснуться к науке гражданского права или углубить свои знания. В ней содержатся и уникальные работы.

Бориса Лазаревича отличала основательность, широкая эрудиция, высокое методическое мастерство, исключительная добросовестность. Борису Лазаревичу Хаскельбергу удалось создать научно-педагогическую школу томских цивилистов, выходцы из которой успешно укрепляют кадровый состав и авторитет многих высших учебных заведений и отличаются глубиной знаний, профессионализмом, научной «въедливостью». В настоящее время сотрудники кафедры гражданского права Юридического института Томского государственного университета продолжают исследования фундаментальных и прикладных проблем гражданско-правовой науки и практики. Направлением исследований является «Частное право и гражданский оборот в современной России», название которому, кстати, было дано при непосредственном и активном участии Б. Л. Хаскельберга.

Борис Лазаревич задал высокий уровень требований к правовой культуре и профессиональным качествам обучающихся, аспирантов, соискателей, коллег. Я признательна судьбе, что начала свою исследовательскую деятельность с Б. Л. Хаскельбергом, который «заразил» меня наукой, и горжусь тем, что он является моим Учителем.

Особый склад ума, поистине энциклопедические знания, трудолюбие позволили оставить Б. Л. Хаскельбергу значительный след в цивилистике. Борис Лазаревич Хаскельберг навсегда останется в истории науки гражданского права, а память о нем — в наших сердцах...

Е. С. Болтанова

СОДЕРЖАНИЕ

Борис Лазаревич Хаскельберг – учитель, наставник
(Е. С. Болтанова) 5

ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ЦИВИЛИСТИКИ

П. ГАРБАРИНО (Верчелли). Римское право между актуальностью и упадком: «Цель в праве» Иеринга в прочтении романиста (пер. с итал. Д.О. Тузова) 13

К.В. НАМ (Гейдельберг). Первые этапы развития принципа добросовестности (Treu und Glauben) 24

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

И.Д. КУЗЬМИНА (Красноярск). Понятие и состав недвижимости: проблемы реформирования 50

Е.С. БОЛТАНОВА (Томск). Частные сервитуты на земельные участки для возведения зданий, сооружений и их эксплуатации: реальное и перспективное правовое регулирование 69

Л.Ю. МИХЕЕВА (Москва). Защита добросовестных приобретателей недвижимого имущества: поиск баланса интересов и законодательных решений. 95

В.В. РОВНЫЙ (Иркутск). Заметки об обязательственных сделках и связанных с ними распорядительных сделках (сделках-распоряжениях) 114

Д.О. ТУЗОВ (Санкт-Петербург). Неосновательное обогащение собственника при недействительности отчуждения и «ложный правовой пуризм» в определении надлежащих средств защиты 140

А.Ю. ЗЕЗЕКАЛО (Санкт-Петербург), Н.Д. ТИТОВ (Томск). Правопреемство в отношениях из предварительного договора.	160
Н.Ю. РАССКАЗОВА (Санкт-Петербург). Охрана наследства и управление им	181
Т.Ю. БАРИШПОЛЬСКАЯ (Томск). Коллизионное регулирование вещных правоотношений с «иностранным элементом» в международном частном праве Российской Федерации.	202

ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ЦИВИЛИСТИКИ

**РИМСКОЕ ПРАВО
МЕЖДУ АКТУАЛЬНОСТЬЮ И УПАДКОМ:
«ЦЕЛЬ В ПРАВЕ» ИЕРИНГА В ПРОЧТЕНИИ
РОМАНИСТА****

Романистические отрасли знаний — с точки зрения как научной, так и дидактической — представляют сегодня собой подобие сложного, расчлененного архипелага с одновременным присутствием весьма разных подходов. С известной долей упрощения можно, однако, наметить в общих чертах различие между теми, кто стремится проводить сравнительные параллели с позитивным правом и представителями его науки, и теми, кто — иногда даже полностью отвергая указанную перспективу — утверждает эпистемологический канон, тесно (если не исключительно) связанный с историческим изучением римского юридического опыта. Известно, что историцизм в области романистических (и вообще историко-юридических) исследований есть плод окончательного отказа от римского права как права действующего, а потому восходит своими корнями к периоду, охватывающему вторую половину XIX — начало XX в. и в более общем плане характеризующемуся утверждением научного позитивизма. Связь между позитивизмом и историцизмом проявляется особенно ясно в утверждениях, часто встречающихся также и у современных ученых, согласно которым историческое в собственном смысле изучение римского права — это «сегодня» единственный «подлинно» научный подход к римскому юридическому опыту. Я не имею в виду проследить

* *Гарбарино Паоло (Garbarino, Paolo)* — ординарный профессор римского права Университета Восточного Пьемонта (Верчелли, Италия).

** Перевод с итальянского (а также цитируемых в статье фрагментов римских источников — с латыни) выполнен доктором юрид. наук, профессором СПбГУ Д. О. Тузовым по представленной автором рукописи.

здесь те направления мысли, которые начиная с Бонфанте¹ способствовали установлению этого канона романистического исследования. Достаточно напомнить, что такой подход распространился вообще на историю средневекового и современного права и сегодня проповедуется авторитетными учеными — представителями указанных областей знаний (иногда с антироманистическими устремлениями, с целью отстоять претензию на бóльшую «актуальность» и «полезность» собственных исследований).

Если историческое изучение римского права позволило совершить выдающиеся шаги вперед в наших познаниях и имело своей заслугой «освобождение» романистов от, возможно, слишком узкого и слишком конъюнктурного поля зрения, необходимо также признать, что после исчерпания своей движущей силы оно определяющим образом способствовало изоляции римского права во все более закрытой в самой себе сфере без каких-либо (или с весьма скудными) точек соприкосновения с представителями позитивного права. Результатом, который у всех перед глазами, явились прогрессирующая изоляция римского права внутри юридических факультетов и распространенное (для меня неоправданное) непонимание значимости и роли, которые оно может иметь в формировании юриста.

Одно из вытекающих из всего этого последствий состоит в том объективном, на мой взгляд, обстоятельстве, что при рассмотрении крупных юридических тем — как частного, так и публичного права — «критическое сознание» (которое преследует попытку сгладить чрезмерную степень абстрактности, с какой эти темы порой осмысливаются, разрабатываются и дискутируются многими представителями позитивного права, и вновь запустить механизм возможного взаимовлияния и взаимозависимости между правовой мыслью и конкретной реальностью) не покоится даже в малой части на римском праве, несмотря на то что в XIX и начале XX в. это последнее играло такую роль в разнообразных аспектах.

¹ Бонфанте Пьетро (*Bonfante, Pietro*, 1864–1932) — один из наиболее выдающихся итальянских романистов, оказавший определяющее влияние на современную науку римского права как в Италии, так и за ее пределами. — *Прим. пер.*

Можно было бы полагать — и разные романисты в сущности разделяют эту идею, — что историческое изучение римского права диктует и полностью оправдывает эту изоляцию. Сама по себе ценность его преподавания состояла бы, таким образом, не в его возможной «(ре-)актуализации», а, напротив, в его полной и неизбежной «неактуальности». Не следует исключать, что за этим убеждением стоит сильное чувство гуманистической культурной «традиции», особенно классической, представляющее собой не слепой консерватизм, а осознание заключенного в прошлом потенциала для лучшего понимания настоящего (именно таким путем, прибегая к критерию традиционализма, Джузеппе Гроссо² интерпретировал фигуру Лабеоны и противопоставлял ее «консерватору» Капитону³). В этой перспективе не происходит, однако, полного отказа от актуальности: она вновь обретается — подобно тому, как это имеет место в иных «гуманистических» областях знаний, связанных с исследованием античного мира, — если мыслить историю римского права в качестве одного из антропологических элементов, составляющих сегодняшнего человека. Однако в этом — хотя и полностью правомерном и заслуживающем поддержки — видении современной *humanitas* и ее формирования юридический в собственном смысле фактор уже не на первом плане и уже не играет главной роли. Это фактор, который — в так сказать холистическом измерении — участвует вместе с другими в описании, как уже упомянуто, сегодняшнего (западного) человека в стремлении понять его лучше. И ясно, что этот подход ставит перед собой задачу лишь «понять», но не «действовать»: горизонт «знания» для «действия» ему чужд (в отличие, заметим, от случая с «традиционалистом» Лабеоном, который, как подчеркивает Помпоний, *plurima innovare instituit*⁴ [предпринял обновление многого. — *Прим. пер.*]). Возможно, отсюда и происходит,

² Гроссо Джузеппе (*Grosso, Giuseppe*, 1906–1973) — выдающийся итальянский романист и политик (занимал должности мэра Турина и председателя провинции Турина), профессор и декан юридического факультета Туринского университета, оказавший определяющее влияние на формирование современной туринской научной школы римского права и внесший значительный вклад как в итальянскую, так и в мировую романистическую науку. — *Прим. пер.*

³ *Grosso G. Lezioni di storia del diritto romano*. 5° ed. Torino: Giappichelli, 1965. P. 393 s.

⁴ *Pomp. l. s. ench. D. 1.2.2.47.*

в конечном счете, непонимание со стороны представителей позитивного права, для которых цель — не только «знать», но и, конкретно, «действовать», т. е. проявлять активность для изменения права (дабы сделать его лучше).

Думаю, что эти краткие вступительные замечания по поводу «кризиса» изучения римского права⁵ — «кризиса», который я как романист рассматриваю в качестве упадка, поскольку он фактически устранил римское право, и далеко не с сегодняшнего дня, из диалога с позитивным правом (но не все романисты единодушны в том, чтобы говорить об упадке, ибо думают, как было сказано, что выбор в пользу историзма, напротив, сделал это изучение «подлинно» научным) — необходимы, чтобы лучше иллюстрировать те размышления, которые вызвало во мне прочтение «Цели в праве» Иеринга⁶.

Было бы даже банально уточнять, что Иеринг пишет книгу совершенно особого характера, не подводимую, на первый взгляд, под литературные жанры, практикуемые юристами — его современниками, и в частности романистами. Столь же очевидно и то, что она богата ссылками на римское право, учитывая то обстоятельство, что во время ее написания⁷ *BGB* еще не заменил собой *usus modernus pandectarum*⁸. И тем не менее именно эти ссылки на римское право или, точнее, то, как Иеринг их делает, вплетая их в свое сложное изложение, благодаря их специфике и роли в рассуждениях автора явились тем, что привлекло мое внимание.

Итак, ссылки, о которых идет речь, это постоянные сравнения или сопоставления между римским опытом, с одной стороны, и правовой действительностью и/или интерпретативно-теоретическим

⁵ Предшествующие соображения я развил немного более подробно в моей статье: *Garbarino P. Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà // Scritti di comparazione e storia giuridica. Vol. II / a cura di P. Cerami e M. Serio. Torino: Giappichelli, 2013. P. 63 ss.*

⁶ Речь идет о недавно опубликованном (2014) втором издании итальянского перевода этого произведения (первое издание вышло в 1972 г.), библиографические данные которого приводятся ниже самим автором. — *Прим. пер.*

⁷ Первое издание книги увидело свет в 1877 г. — *Прим. пер.*

⁸ Имеется в виду, что до вступления в силу Германского гражданского уложения (*BGB*) в Германии непосредственно действовало римское право в его интерпретации, приспособившей его для нужд того времени, т. е. так называемый *usus modernus pandectarum* («современное использование Пандект»). — *Прим. пер.*

построением — с другой. Автор обращается к римскому праву с чувствительностью историка и осознанием связанных с этим проблем исторической реконструкции, но всегда прямо и непосредственно сопоставляет его с настоящим. Полностью отсутствует — за исключением лишь очень редких случаев — обращение к опыту общего права Средневековой Европы (*ius commune*) и вообще докодификационного европейского права. Таким образом, как мне представляется, римское право понимается как «модель» или совокупность «моделей» — образцовых, пригодных или единственно пригодных для объяснения структуры и функции «институтов» (скажем так в первом приближении), к которым то и дело обращается автор в сложной систематике своей книги для обоснования ее глубинного тезиса. С другой стороны, Иеринг говорит это уже с самого *incipit* (начала. — *Прим. пер.*). Предисловие к первому изданию сразу же уточняет: «Сочинение, первая половина которого ныне появляется в свет, вызвано другим моим сочинением о духе римского права» (с. 17)⁹ [с. I]¹⁰, еще одним великим шедевром Иеринга.

Примеры, когда римское право принимается в качестве модели, поистине бесчисленны. Их, на мой взгляд, можно подразделить на две большие группы. С одной стороны, это обращения или примеры, относящиеся к отдельным, пусть и общим, институтам, таким как договор, деликт, собственность и т. д., часто сопровождаемые удачными интуитивными находками по поводу их сущностных

⁹ Здесь и далее цитаты даются, естественно, по итальянскому переводу Марио Дж. Лозано, о котором здесь идет речь: *Jhering R. von. Lo scopo nel diritto. Vol. I / trad. e cura di M. G. Losano. Torino: Nino Aragone editore, 2014. 407 p.*

¹⁰ Здесь и далее, где это возможно, использованные автором цитаты даются непосредственно по русскому дореволюционному переводу первого немецкого издания рассматриваемой книги Иеринга (благодаря которому она и известна отечественному читателю), выполненному под ред. В. Р. Лицкого: *Иеринг Р. фон. Цель в праве. Т. 1. СПб.: Изд. Н. В. Муравьева, 1881. 412 с.* При этом после ссылок на страницы итальянского издания, приводимых автором настоящей статьи в круглых скобках, нами в квадратных скобках даются ссылки на соответствующие страницы указанного русского перевода. Поскольку, однако, автор обсуждает и цитирует перевод *второго* немецкого издания (1884), использованные им цитаты не всегда находят соответствия в русском переводе, выполненном, как уже сказано, с *первого* издания (1877): в таких случаях дается перевод этих цитат с итальянского, как они приведены у автора статьи. — *Прим. пер.*

и основополагающих черт. С другой стороны, это отсылки — иногда явные, иногда подразумеваемые — к римским концепциям относительно самого понятия права, справедливости, закона и т. д. Следует, однако, добавить, что нередко в своем изложении Иеринг неявно (и, возможно, в некоторой мере неосознанно) подразумевает римское юридическое видение проблем или, по крайней мере, некоторых проблем, даже абстрагируясь от строго юридической материи. То есть при нахождении отправной точки в римском правовом источнике, иногда даже не цитированном, римская модель деконтекстуализируется и ставится в центр предлагаемой автором оригинальной реконструкции.

Приведу сразу же пример, чтобы разъяснить эту особенность. В главе III «Эгоизм на службе чужим целям» Иеринг развивает тему «совпадения целей». Марио Лозано весьма кстати напоминает (в сноске), причем в связи именно с тем моментом, который мы сейчас будем рассматривать, что «в этой части книги Иеринг рассматривает экономические понятия с точки зрения утилитаристской философии» и для объяснения терминологии, которую использовал здесь автор, привлекает — хотя и с сомнениями — книгу Макса Штирнера (*Max Stirner*) «Der Einzige und sein Eigentum», имевшуюся в личной библиотеке Иеринга. Вот эта цитата (с. 53) [с. 30]: «Природа сама указала человеку путь, которым он может склонять других людей к содействию его целям; таким путем служит для него соединение собственной цели с чужим интересом. На этой формуле основана вся наша человеческая жизнь: государство, общество, торговля и промышленный оборот. Кооперация многих людей ради одной и той же цели возможна лишь потому, что интересы всех участников кооперации, переплетаясь, сходятся в одном конечном пункте». Здесь, на мой взгляд, следует подчеркнуть метафору «пути» («путь, которым он может склонять других людей к содействию его целям»), которая, как мне кажется, вновь повторяется, когда речь идет об «интересах всех», которые «переплетаясь, сходятся в одном конечном пункте». Хотя здесь и отсутствует прямая ссылка на источник, представляется, что эта концепция происходит из знаменитого фрагмента Ульпиана (Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3), открывающего титул Дигест «De pactis», в котором юрист дает определение *conventio* (соглашения):

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

Слово «соглашение» (*conventio*) имеет общее значение, относящееся ко всему тому, о чем для заключения деловых отношений или урегулирования спора из них соглашаются те, кто совершает между собой юридические акты: ведь подобно тому, как говорят «сходиться» (*convenire*) о тех, кто из разных мест в одно место собирается и прибывает, так же [говорят] и о тех, кто, исходя из различных побуждений, в одном соглашаются, т. е. к одному мнению приходят.

Это происхождение мне кажется очевидным. И мне также представляется, что речь идет о прямом происхождении, не опосредованном традицией средневековой интерпретации: Иеринг использует римско-правовую концепцию и образ, объясняющий ее в тексте античного юриста, чтобы сформулировать общее и притом неюридическое понятие (не знаю, ошибусь ли, если квалифицирую его как «социологическое»). Возможно, интересно отметить, что далее в книге, в главе V «Цели эгоистического самоподдержания», рассматриваемый ульпиановский фрагмент будет имплицитно задействован вновь, но уже в более узком юридическом контексте: говоря об «обмене» с позиций юриста, каковым он был, Иеринг напоминает (с. 77) [с. 56], что «формой менового оборота является договор... Если цель определяет волю, то соединение, совпадение воли двух или нескольких лиц (*convenire, conventio*) в одном и том же пункте¹¹ доказывает, что в этом пункте встречаются их цели или интересы, что условленное в будущем действие одной или обеих сторон способно достигнуть этой удовлетворяющей

¹¹ В итальянском переводе книги к приведенным латинским терминам в тексте самой цитаты добавлено: «„совпадение воли“, откуда „конвенция“ („схождение“); по-немецки „übereinkommen“, откуда „Übereinkunft“» (с. 77). — *Прим. пер.*

и ту и другую сторону цели». И в этом случае на ульпиановский фрагмент также нет ссылки. Повторяю: интерес для меня здесь представляет прямое — и к тому же не выраженное явно — использование романистического материала или, если хотим, римских концепций в целях предпринимаемого Иерингом сложного изложения (или построения). Примеры такого рода можно было бы умножить. Иеринг прекрасно это осознает: есть место, в котором, говоря о римской идее договора, он освещает отношение между историей и идеей, отношение, которое представляет собой, возможно, наилучший ключ для понимания метода, используемого им в своей работе. Цитирую слова автора (с. 200) [с. 199] об эволюции договора в римском праве: «Рука об руку с целью, договор поднимается в нем со ступени на ступень, с низшей на самую высшую, не пропуская ни одной из них, так что, рассматривая и с т о р и ч е с к о е развитие понятия договора, кажется, что имеешь перед собою его л о г и ч е с к о е развитие, — до того совпадает одно с другим». И далее (с. 201) [с. 199]: в римском праве «отвлеченное понятие и история движутся совершенно параллельно друг другу».

Теперь хотелось бы высказать несколько кратких соображений по поводу использования Иерингом некоторых общих понятий, несущих в себе также сильную этическую составляющую. Имеются в виду понятия «равенства» и «справедливости». Также и в этом случае корни рассуждений Иеринга следует искать в некоторых утверждениях римских юристов. В связи с этим надо сказать, что речь идет о хорошо известных понятиях, которые, однако, рассматривались романистами прошлого столетия как риторические, пустые формулы, лишённые юридического значения, действительно достойного внимания. В первую очередь следует обратиться к *praecepta iuris* (предписаниям права. — *Прим. пер.*), все так же Ульпиана: «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*». Полезно прочитать полностью, в каком контексте римский юрист приводит эти три *praecepta* (Ulp. 1 reg. D. 1.1.10):

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.
1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* 2. *Iuris prudentia*

Справедливость — это постоянная и вечная воля воздавать каждому его право. 1. Предписания права следующие: честно жить, не вредить другим, воздавать

est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.

каждому свое. 2. Юриспруденция — это знание божественных и человеческих вещей, наука о справедливом и несправедливом.

Тут достаточно сравнение — среди многих возможных — с коротким пассажем Иеринга на тему равенства (с. 264)¹²: «Претендовать на математическое равенство — это как претендовать, чтобы все конечности человеческого тела имели одинаковое строение: чтобы можно было говорить о теле, конечности должны быть разными. То же самое происходит применительно к социальному телу. Равенство, которое следует здесь осуществить, может быть лишь относительным, ибо оно происходит от отношения между способностью и требуемой отдачей, между заданием и средствами его выполнения, между заслугой и вознаграждением, между виной и наказанием. Его девиз — *suum cuique*, т. е. *suum*, соразмеренное со спецификой исходных условий. На этом основывается понятие истинной справедливости». Помимо ульпиановских *praecepta*, автор, кажется, учитывает здесь и само определение права — *ius est ars boni et aequi*, данное Цельсом и воспринятое Ульпианом в одном фрагменте, который юстиниановская комиссия избрала для того, чтобы открыть им Дигесты (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 *pr.*):

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

Тому, кто собирается посвятить себя праву, прежде всего необходимо знать, откуда происходит слово «право» (*ius*). А происходит оно от «справедливости» (*iustitia*)¹³: ведь, как элегантно определяет Цельс, право есть искусство добра и справедливости.

¹² Приводится по итальянскому изданию: в цитированном выше русском переводе первого издания книги данный фрагмент отсутствует. — *Прим. пер.*

¹³ Ср. этимологическое отношение русских слов «право» и «правда» (в смысле «справедливости»). — *Прим. пер.*

И вновь происхождение или, точнее, основание мысли Иеринга — в римской концепции, принимаемой им и используемой в построении своих рассуждений (и в этом случае, быть может, не было даже необходимости в цитировании источника: настолько он известен). Из этого вытекает, среди прочего, тезис о том, что справедливость выше закона (с. 299) [с. 313]: и здесь тоже можно уловить эхо ульпиановского утверждения, помещенного, как мы видели из только что цитированного фрагмента, во вступление к Дигестам Юстиниана и выводящего *ius* из *iustitia* на основе явно ошибочной этимологии (если, конечно, Ульпиан действительно имел в виду дать именно этимологию, а не интерпретацию термина *ius*), которая имеет, однако, ту заслугу, что устанавливает отношение происхождения *ius* из *iustitia*, а не наоборот; и это — в точности подход Иеринга (хотя он прямо и не ссылается на данное высказывание античного юриста). Этот момент является центральным в самом образе мыслей Иеринга, учитывая, что из данной позиции вытекает как следствие, особо подчеркиваемое автором, необходимость предусмотреть «Высший Суд Справедливости»¹⁴: «...Право сознает, что одним законом оно обойтись не может, что оно нуждается в помощи высшей, стоящей над законом справедливости...» (с. 299) [с. 313], в «Высшем суде, требуемом мной для исключительных случаев, о котором законодательство никогда не думало...» (с. 299). Не знаю, попаду ли я в цель, но это предложение Иеринга наводит на мысль о Нюрнбергском трибунале. Не знаю также, вспомнил ли кто-нибудь эти строки Иеринга в ходе широкой правовой и этической дискуссии, сопровождавшей учреждение и работу этого Трибунала. Мне кажется заманчивым соотнести их с ней, тем более что второе издание книги вышло в 1884 г.: уже больше времени отделяет нас сегодня от того процесса, чем этот последний — от публикации «Цели в праве».

Попытаюсь сделать некоторые, весьма предварительные, выводы с учетом того, что было сказано в самом начале. Как романист отмечу благодатность почвы, представленной римским материалом и концепциями (тоже римскими), которые используются Иерингом и которые всегда выполняют роль фона, вдохновения, импульса для его суждений. Материал и концепции эти, очевидно (хотя в настоящее время для

¹⁴ В русском издании переведено как «высшее судилище» [с. 313]. — *Прим. пер.*

романистов это вовсе не очевидно), деконтекстуализированы с исторической точки зрения. Я задаюсь вопросом, как бы воспринял сегодня операцию такого рода романист, сделавший выбор в пользу исключительно исторического подхода к изучению римского права (а таких много). Я представляю его себе с красно-синим карандашом, отмечающего многочисленные места в книге Иеринга как чуждые текущему канону, а следовательно, как ошибочные, бесполезные, исторически некорректные и т. д. С другой стороны, Иеринг свободно ориентировался как историк в римских источниках, обладал интеллектуальным даром новаторски их интерпретировать. Однако пример Иеринга фактически сделан — и далеко не сегодня — (почти?) совершенно чуждым для романистов. В современной романистике уже более (или почти) не существует культурного *humus* (плодородного слоя почвы. — *Прим. пер.*), который мог бы каким-то образом культивировать новые и не являющиеся узко историческими взгляды. Некоторые испытывают своего рода неопандектистский путь, но этот путь также отличен от того, которым шел Иеринг в его книге «Цель в праве».

И все же этот материал и эти концепции закладывают фундамент для оригинального видения или, если хотим, интерпретации общественной жизни, (вновь) подтверждая правовой характер, внутренне присущий обществу в его совокупности. Это урок, который должен заставить задуматься юриста в то время, когда право кажется переживающим свой закат, когда его как социальный регулятор пытаются заменить иными знаниями и иными техниками. В том, что касается, наконец, узкого поля зрения романиста, то вопрос, который я оставляю открытым (однако легко можно понять, к какому решению я склоняюсь), таков: может ли на объективный культурный и академический упадок римского права актуализирующим и оживляющим ответом быть попытка вновь пройти путь, указанный Иерингом, пока еще не стало слишком поздно? Пока еще исключительно историческое измерение окончательно не смешало фигуру историка права или, точнее, романиста с фигурой просто историка, как происходит иногда и даже с определенной частотой уже сегодня? Проблема состоит в следующем: в состоянии ли мы переосмыслить римское право в новом измерении принципов и ценностей, которые следует предложить сегодняшнему миру?

К. В. НАМ*

ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАЗВИТИЯ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ (TREU UND GLAUBEN)

I. Введение

Принцип добросовестности (*Treu und Glauben*) в немецком праве является сегодня основополагающим принципом всего правового оборота как между равными субъектами права, так и между лицами, находящимися между собой в отношениях власти и подчинения в области публичного права. Согласно господствующему сегодня бесспорному мнению, *Treu und Glauben* служит общим правовым принципом для самых разных областей права — обязательственное, вещное, трудовое, семейное и др., процессуальное и публичное право¹.

С недавнего времени содержит положения о принципе добросовестности и российский Гражданский кодекс. Нам еще только предстоит понять и осознать в полной мере необходимость, значение и содержание этого принципа. На данном этапе отношение к нему пока является не самым доброжелательным. Неоднозначным было отношение к добросовестности и в Германии на протяжении всего существования нормы § 242 Германского гражданского уложения (далее также ГГУ). *Treu und Glauben* называли и необходимым аварийным клапаном, и суперривизионной нормой, также именовали ее мертвой или пустой нормой. Опасность и, наоборот, позитивное значение ее применения оцениваются в немецкой литературе в зависимости от той или иной точки зрения по-разному. Но то, что *Treu und Glauben* имеет непереоценимое значение не только для гражданского права, но и для всей

правовой системы, в немецком праве уже не оспаривается. Нередко можно встретить такие высказывания, что положение § 242 ГГУ стало принципом, овладевшим всей правовой жизнью, или что оно представляет собой общий масштаб, определяющий все частное и публичное право. За подобными высказываниями лежит длительная история развития этого правового явления. Для лучшего понимания принципа добросовестности и его значения для правопорядка, который ему подчинен, полезным будет иметь представление об историческом развитии, становлении принципа добросовестности в немецком праве. И начать, конечно, надо с периода, предшествовавшего его закреплению в ГГУ, и периода, следовавшего сразу за принятием последнего.

II. Первые кодификации

В немецком праве признается, что изначальной основой для всей европейской правовой традиции, в том числе для принципа добросовестности, служили категории римского права. Римским «предком» принципа добросовестности считается правовая категория *bona fides*², представлявшая собой правовую материализацию нравственных начал в обществе. *Bona fides* в качестве правовой формулы дополняла собой нормы строгого права. Преторы в древнем Риме могли посредством *bona fides* при разрешении споров опираться не только на формальные нормы, но и на общепризнанные этические основы социальных отношений.

Возникновение и развитие юридической науки в Европе в Средние века основывалось на изучении римских источников права³ и носило в большей степени теоретический характер. И именно результаты изучения римского права легли в основу первых европейских кодификаций.

Одним из первых упоминаний правовой мысли, основанной на *bona fides*, в кодификационном акте является § 270 I 5 прусского Общего земского уложения 1794 года. В данной норме было указано, что «договоры должны исполняться в соответствии с их полным содержанием».

* Нам Кирилл Вадимович — кандидат юридических наук, LL.M (Гейдельберг), магистр частного права (РШЧП), выпускник юридического факультета Томского государственного университета.

¹ Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München 1987, S. 127.

² Looschelders D., Olzen D. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht § § 241–243, Berlin 2015, § 242 Rn. 7.

³ Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952, S. 26.

Намного дальше пошел Французский гражданский кодекс 1804 года (далее также ФГК), в котором были закреплены нормы, вобравшие в себя значительный объем того, что было наработано европейской правовой мыслью в предыдущие столетия. В соответствии с абз. 3 ст. 1134 ФГК при исполнении договоров должнику вменялись обязанности лояльности (*obligation de loyauté*) и сотрудничества (*obligation de coopération*). Согласно ст. 1135 ФГК стороны обязывались не только к тому, что явно обозначено в договоре, но и ко всем последствиям, которые на них налагаются справедливостью, обычаями и законом в соответствии с природой правовой сделки.

Французский ГК оказал значительное влияние на последующие европейские, в том числе германские, кодификации. Считается, что последовавшие сразу за ФГК кодификации Баденского права и Рейнского права переняли нормы французского права⁴. В абз. 3 ст. 1134 Баденского права от 1810 года было указано: «Договоры требуют честного исполнения». Аналогичная формулировка была воспроизведена и в абз. 3 ст. 1134 Рейнского права от 1814 года: «Договоры должны выполняться честно». Статья 1135 Баденского права — договоры обязывают также ко всему тому, что вытекает из справедливости, обычая или закона. Статья 1135 Рейнского права — договоры обязывают ко всему, что следует из справедливости, обычая или закона исходя из природы обязательства. Схожая формулировка в последующем была включена и в проект общего немецкого закона об обязательственных отношениях от 1866 года (*Dresdner Entwurf*⁵). Статья 150 Дрезденского проекта содержала следующее правило: «Договор обязывает стороны договора не только к тому, что было обещано, но и к тому, что вытекает из закона или обычая, или природы договора, если не были оговорены исключения из этого». Аналогичная формулировка содержалась в общем немецком торговом кодексе от 1861 года (*ADHGB*), который применялся в отдельных германских государствах второй половины XIX в.: «В отношении значения

⁴ *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 19.

⁵ Проект общего немецкого обязательственного права (Дрезденский проект) задумывался как общий кодификационный акт для всех государств Германского союза. Но с распадом последнего в 1866 году проект соответственно принят не был.

действий или воздержания от действий участников необходимо учитывать обычаи торгового оборота». Как видно, нормы ФГК оказали большое значение для последовавших за ним германских кодификаций. В литературе подчеркивалось, что французское право послужило непосредственным примером для немецкого ГГУ⁶.

В немецкой истории права считается, что формулировки норм указанных правовых актов XIX в. о необходимости учета не только буквального содержания договорных обязательств, но также того, что вытекает из обычаев, закона и природы договора, отражают подходы понимания принципа *Treu und Glauben*⁷, что подтверждалось также судебной практикой того периода⁸. Сам термин *Treu und Glauben* в кодификационных актах впервые появляется в § 858 Гражданского уложения Королевства Саксонии в 1863 году, в соответствии с которыми стороны договора должны его исполнять в соответствии с *Treu und Glauben* и таким образом, как это присуще честному человеку. В свою очередь *Treu und Glauben* отождествлялся тогда с *bona fides*⁹. При этом подчеркивалось, что расширенное значение современной *bona fides* отличается от римского права¹⁰.

Формулировки о необходимости подчинения договорных отношений оговоркам об обычаях оборота, справедливости и природе обязательства объяснялись немецкими теоретиками XIX в. тем, что принцип *bona fides* должен быть воспринят общим обычным правом (*Gewohnheitsrecht*)¹¹. Одна из характеристик понимания и определения содержания обязательств определялась в литературе того времени следующим образом: «...с уверенностью можно положиться

⁶ *Dernburg H.* Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens, 3. Auflage, Halle 1905, S. 26.

⁷ О формировании правовых понятий *Treu und Glauben* в Средние века на территории германских государств см.: *Strätz H.-W.* *Treu und Glauben*, Band 1, Beiträge und Materialien zur Entwicklung von *Treu und Glauben* in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. Bis zur Mitte 17. Jahrhunderts. Paderborn 1997.

⁸ *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 19, 23.

⁹ *Haferkamp H.-P.* in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 1. Teilband: § 241–§ 304, Tübingen 2007, § 242 Rn. 27.

¹⁰ *Savigny F. K. v.* *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, S. 4–5.

¹¹ *Savigny F. K. v.* Op. cit. Band V, Berlin 1841, S. 138.

на сознание всех тех, которым правовые сделки известны не из теории, а только из практики»¹².

Treu und Glauben, олицетворявший собой правовые мысли, основанные на *bona fides*, согласно мнению немецкой науки XIX в. должны были выполнять функции определенного масштаба для защиты «от несоответствующих представлениям о нравственности нарушений доверия, на котором основываются человеческие взаимоотношения»¹³. Ожидания сторон правоотношения «находятся прежде всего под защитой обычаев, действующих среди честных людей»¹⁴. «Каждая сторона договора отвечает за негативные последствия, которые возникли вследствие ее волеизъявления, с которыми противоположная сторона в силу ее доверия к такому волеизъявлению связала ожидания приобретения ею определенного права требования из договора, если такое право требования не возникло в силу причин, о которых противоположная сторона не знала и не обязана была знать»¹⁵.

Таким образом, подчеркивается, что в немецкой правовой науке XIX в. *bona fides*, наряду с договоренностями сторон и применимыми положениями закона, фундаментальным образом определяла содержание обязанностей сторон¹⁶.

Изложенный выше обзор¹⁷ немецких кодифицированных правовых актов XIX в. показывает, что правовые идеи, основанные в первую очередь на римской *bona fides*, стали восприниматься позитивным правом в виде соответствующих правовых норм в законодательных актах. При этом, однако, в литературе подчеркивается, что широкого содержательного применения в практике они в «позитивистском» XIX в. не получили: «Юриспруденция понятий, застывшая в ее логическом формализме с ее иллюзией полноценности правовых норм и позднелиберальным формализмом воли, едва ли могли в теории и практике начать взаимодействовать с такими социально-этическими принципами,

¹² Savigny F. K. v. Op. cit. Band V, S. 139.

¹³ Savigny F. K. v. Op. cit. Band III, Berlin 1840, S. 117–118.

¹⁴ Savigny F. K. v. Op. cit. Band V, S. 108.

¹⁵ Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts, Band II, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906, S. 250 (Fn. 5).

¹⁶ Haferkamp H.-P. Op. cit. § 242 Rn. 39.

¹⁷ См. подробнее: Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242 Rn. 18–24.

как *Treu und Glauben*»¹⁸. «Украшение для учебников, на практике же редкое, крайне мало обобщенное, применяемое от случая к случаю вспомогательное средство» — так характеризовал один из немецких исследователей роль и значение *exceptio doli generalis* в XIX в.¹⁹. В том же исследовании было подсчитано количество упоминаний *exceptio doli generalis* в первых тридцати томах публикаций решений Имперского суда (RG), начавшего свою деятельность с 1879 года. Первое упоминание появилось лишь в 1886 году. Всего же, согласно подсчетам, до 1892 года в 30 томах за 13 лет было найдено лишь 10 упоминаний этого правового института²⁰.

Здесь следует сказать, что и соответствующие нормы Французского ГК, послужившие примером для многих немецких кодификаций, не получили практического значения не только на протяжении XIX в., но и в течение большей части XX в.²¹. Приверженность немецкого правопорядка к формальному отношению к праву и правовым нормам, традиционализм и консерватизм в этом вопросе судебной системы и доктрины определяли отношение к принципу *Treu und Glauben* как к не очень востребованному правовому инструменту²². Хотя среди теоретиков права он считался бесспорно признанным аргументом правовой догматики и имеющим потенциально очень широкое поле для практического применения²³.

III. Подготовка и принятие Германского гражданского уложения

После образования в 1871 году Германской империи и внесения в декабре 1873 года в Конституцию империи поправок, касающихся отнесения к компетенции законодательных органов империи принятия

¹⁸ Haferkamp H.-P. Op. cit. § 242 Rn. 21.

¹⁹ Hedemann J. W. Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933, S. 4.

²⁰ Hedemann J. W. Op. cit. S. 4 f.

²¹ Ширвиндт А. М. Принцип добросовестности в ГК 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. 218.

²² О позитивизме немецкого права в XIX — начале XX в. см.: Wieacker F. Op. cit. § 23.

²³ Haferkamp H.-P. Op. cit. § 242 Rn. 55.

законодательных актов в области гражданского права, была начата работа по подготовке единого немецкого гражданского кодекса. 28 февраля 1874 года была созвана предварительная комиссия, которая была призвана разработать план и методы формирования проекта немецкого гражданского уложения. Единое гражданское уложение для всех территорий, вошедших в Германскую империю, задумывалось как важный инструмент для создания правового единства в новом государстве. Предварительная комиссия представила свой отчет 15 апреля 1874 года. Этот отчет имеет для понимания ГГУ важное значение, так как одной из основных задач перед комиссией стояло формулирование отправных точек для дальнейшей разработки единого кодифицированного гражданского права²⁴. На основании данного отчета затем с 22 июня 1874 года начала работу первая комиссия по подготовке проекта ГГУ²⁵. Членом предварительной комиссии и затем редактором первой комиссии был директор Вюртембергского верховного трибунала Franz Fillip von Kübel²⁶. Кюбель считался известным экспертом в области обязательственного права и обладал практическим опытом законотворческой деятельности. Он, в частности, участвовал в подготовке Дрезденского проекта обязательственного права 1866 года. Первая комиссия поручила Кюбелю разработку проекта ГГУ в части всего обязательственного права. Комиссия понимала, что данный объем работы не был под силу одному редактору, так как проект должен был разрабатываться с учетом законов, действовавших в отдельных государствах Германской империи. Поэтому ему в помощь были даны два сильных правоведа Karl Vogel и Karl Ege. Несмотря на это, Кюбель не смог полностью закончить порученную ему работу: он умер в 1884 году от продолжительной болезни. Тем не менее существенная часть работы им была сделана, особенно в области

²⁴ Honsell H. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum BGB, Buch 1, Berlin 2013, Rn. 74.

²⁵ Первая комиссия по подготовке ГГУ состояла из 11 человек, в нее вошли практикующие юристы, судьи, чиновники, а также два представителя юридической науки, Winscheid и Roth. Первый специализировался на пандектном праве, второй — на частном немецком праве (см. подробнее: Honsell H. Op. cit. Rn. 77–79).

²⁶ Olzen D. in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht § 241–243, Berlin 2015, Rn. 122.

Общей части Обязательственного права. И дальнейшие работы по подготовке Гражданского уложения в части Обязательственного права основывались именно на материалах Кюбеля.

Наработки Кюбеля во многом основывались на Дрезденском проекте. Положения, позднее нашедшие свое место в § 242 ГГУ, были разделены у него на две различные в системном плане части. Одна часть была посвящена договорам, другая — обязательственным отношениям в целом. В проекте Кюбеля в разделе № 20 «Права и обязанности из договоров» в § 1 содержалась следующая формулировка: «Договор обязывает стороны к тому, что в качестве содержания договорных обязанностей следует из положений договора и из природы договора и соответствует закону или обычаю». В разделе № 13, посвященном обязательственным отношениям в целом, в § 196 было сформулировано следующее правило: «Стороны обязательственного правоотношения обязаны по отношению друг к другу выполнять свои обязательства честно и правильно с применением той степени заботливости, которая ими обещана или к которой они обязаны в силу закона».

Как видно, указанные формулировки схожи с теми нормами, что были заложены в Дрезденский проект немецкого обязательственного права, который в свою очередь учитывал развитие института принципа добросовестности в XIX в. в немецкой правовой литературе и опыт его позитивизации в более ранних законодательных актах отдельных государств.

С представлением в комиссию в 1882 году первых проектов начались их обсуждения, которые привели к различным изменениям формулировок. В первую очередь, не был поддержан подход Кюбеля, в соответствии с которым последний воздерживался от терминологического выражения *Treu und Glauben*. Члены комиссии придерживались больше мнения, что «общее интерпретационное правило», которое связывает обязательства из договора не только с соглашением сторон и позитивными нормами закона, имеет значительное практическое значение и обещает принести большую пользу для гражданско-правового оборота²⁷. При этом подчеркивалось, что содержательно

²⁷ Jacobs H. H., Schubert W. Beratung des BGB, Recht des Schuldverhältnisses, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Bd. I, Berlin 1978, S. 47.

изменения формулировок не противоречат предложениям Кюбеля²⁸. В результате изменений, внесенных комиссией, прежняя редакция § 1 раздела 20 получила новую нумерацию — § 359 Проекта 1 и сформулирована была следующим образом: «Договор обязывает стороны к тому, что в качестве содержания обязательств вытекает из условий и природы договора в соответствии с законом и обычаями оборота и с учетом *Treu und Glauben*»²⁹. При этом в материалах комиссии содержание *Treu und Glauben* раскрывалось в скобках как действия честного человека³⁰.

В связи с новой формулировкой § 359 Проекта 1, касающегося договорных отношений, было решено убрать как ненужные слова «честно и правильно» из общей нормы об обязательствах. В новой редакции данная норма под номером § 224 Проекта 1 гласила: «Должник в соответствии с обязательственным отношением обязан полностью исполнить свои обязанности». Далее в данный параграф со стороны Верховного правительственного совета Баварии было предложено внести изменения и изложить формулировку следующим образом: «Должник обязан исполнить обязательство, как этого требует *Treu und Glauben*».

В результате возник вопрос о соотношении § 224, имеющего значение для обязательственных правоотношений в целом, с предписанием § 359, который касался только договорных отношений. В итоге было решено § 359 из текста проекта убрать, а текст § 224 сформулировать таким образом, что «обязательство должно исполняться так, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота»³¹.

Вторая комиссия по подготовке гражданского уложения была созвана в конце 1890 года. По численности она превышала первую комиссию и состояла из постоянных (12 человек) и непостоянных (13 человек) членов. Перед новой комиссией не ставилось каких-то определенных содержательных задач, и сама она в этом плане не привнесла в проект ГГУ каких-то принципиальных решений³². При второй

²⁸ Jacobs H. H., Schubert W. Op. cit. S. 47.

²⁹ Данная формулировка вошла под номером § 359 в текст первого Проекта Гражданского уложения (E1) в редакции первого обсуждения первой комиссии (1884–1887) (Honsell H. Op. cit. Rn. 79).

³⁰ Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242 Rn. 31.

³¹ Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242 Rn. 33.

³² Honsell H. Op. cit. Rn. 84.

комиссии была создана редакционная комиссия, которая занималась вопросами внутренней систематики и формулировками проекта. Проект второй комиссии содержал много текстуальных изменений, но при этом были учтены некоторые предложения отдельных государств и интересы отдельных групп³³.

Во время работы второй комиссии редакция § 224 не претерпела значительных изменений. Здесь можно упомянуть не нашедшую поддержки инициативу профессора права Тюбингского университета Мандри (Mandry), который предлагал свою формулировку: «К чему обязательство обязывает должника и как он должен исполнять свои обязанности, должно определяться в соответствии с *Treu und Glauben* и с учетом обычаев оборота».

Примечательным является то, что во время обсуждений поднимался вопрос о целесообразности закрепления нормы в Общей части Гражданского уложения, так как исходя из своего смысла и содержания она могла бы регулировать отношения, вытекающие из вещных, имущественных и наследственных правоотношений. Но данная инициатива не нашла поддержки и реализована не была³⁴.

В результате формулировка нормы § 224 была изменена редакционной комиссией незначительно: «Должник обязуется исполнить обязательство таким образом, как это соответствует *Treu und Glauben* и обычаям оборота». Затем формулировка подверглась еще раз незначительной корректировке: «Должник обязуется исполнить обязательство таким образом, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота». В этой уже окончательной редакции норма была 22 октября 1895 года в составе Проекта 2 ГГУ передана Рейхсканцлеру и в дальнейшем принята Рейхстагом и Бундесратом под номером § 242 ГГУ.

Острые дебаты разгорелись вокруг нормы во время обсуждений в Рейхстаге в первую очередь относительно того, насколько § 242 предполагает право возражения должника в случае недобросовестности кредитора. Отдельными парламентариями вносились предложения о необходимости в связи с этим изменения формулировки нормы. Так, например, депутат Дзимбовски (Dziembowski) предлагал следующую

³³ Olzen D. Op. cit. Rn. 130.

³⁴ Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242 Rn.34.

формулировку: «Обязанное лицо вправе возражать против осуществления права другой стороной, если оно исходя из поведения кредитора или его заявлений противоречит *Treu und Glauben*». Однако данной инициативе были противопоставлены возражения о том, что обсуждаемая норма, еще начиная с формулировки § 359 Проекта I ГГУ, уже содержит в себе *bona fides*, что, в свою очередь, делает отдельное включение *exceptio doli generalis* в законодательный текст излишним³⁵. В протоколах комиссии ко второму чтению содержались примечания, в которых подчеркивалось, что указание на *Treu und Glauben* и обычаи оборота применимы не только к обязательственным отношениям из договоров, а ко всем обязательствам, что необходимо подчинить содержание любого обязательства между кредитором и должником предписаниям § 242, для чего в судебной практике следует использовать *exceptio doli generalis*³⁶. Тем самым внесенные предложения приняты не были. С другой стороны, звучали восторженные и хвалебные высказывания в адрес новой нормы. Она называлась прогрессивной, способной содействовать дальнейшему развитию права³⁷.

В процессе принятия ГГУ звучали также другие предложения по изменению нормы § 242. Так, ко второму чтению поступало предложение вычеркнуть из текста нормы ссылку об обязательности учета обычаев оборота³⁸. В основе данного предложения лежал аргумент, что не представляется возможным обосновать нахождение вместе друг с другом и учет одновременно и требований *Treu und Glauben*, и обычаев оборота, так как масштабы обоих понятий являются совершенно различными. Объяснялось это тем, что необходимость соответствия содержания обязательства принципу *Treu und Glauben* является абсолютным правилом, в то время как обычаи оборота могут рассматриваться только лишь как масштаб для толкования воли сторон. И в случае отклонения воли сторон от существующих обычаев оборота они учитываться не должны. Данному подходу была противопоставлена аргументация, что два этих масштаба не являются равнозначными. В каждом конкретном случае

³⁵ Подробнее см.: *Haferkamp H-P* Op. cit. § 242 Rn. 47–54.

³⁶ *Steinbach E.* *Treu und Glauben im Verkehr: Eine civilistische Studie*, Wien 1900, S. 5.

³⁷ *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 36.

³⁸ *Steinbach E.* Op. cit. S. 4.

установление того, что соответствует *Treu und Glauben*, должно определяться с учетом обычаев оборота. В итоге предложение об исключении из текста нормы ссылки на учет обычаев оборота было отклонено.

Германское гражданское уложение было принято Рейхстагом 1 июля 1896 года, одобрено Бундесратом 14 июля 1896 года, опубликовано 24 августа 1896 года. Вступило ГГУ в силу с 1 января 1900 года. С принятием ГГУ принцип *Treu und Glauben*, закрепленный в § 242 ГГУ, — «Должник обязан исполнить обязательство таким образом, как этого требует *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота» — стал нормой закона. Словосочетание *Treu und Glauben* употребляется в кодексе также в § 157, 162, 307, 320 и 815.

Развитие принципа добросовестности с принятием и вступлением в силу ГГУ ни в коем случае не остановилось. Наоборот, после его закрепления в ГГУ он получил широчайшее развитие в литературе, а затем и в судебной практике.

IV. Теоретическое развитие принципа добросовестности в первый период после принятия Германского гражданского уложения

Первые годы после вступления в силу § 242 ГГУ прошли под знаком научных дискуссий о его правовом содержании. Именно в этот период были заложены значительные теоретические основы о понятии, значении и роли принципа добросовестности. Отправной точкой для дискуссий были судебная практика и юридическая литература XIX в., в том числе периода законодательных дебатов по принятию ГГУ. Общим было понимание того, что § 242 имеет функцию регулирующего вмешательства в обязательственные отношения³⁹. При этом в научных юридических кругах развивались два различных отправных пункта, с позиций которых делались попытки определить основания, объем и масштаб вмешательства в обязательственные отношения путем применения § 242⁴⁰.

³⁹ *Schmidt J.* in: *J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, Einleitung zu § § 241–243, Aufl. 13, Berlin 1995, § 242 Rn. 55.

⁴⁰ *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 39–40.

1) *Теория, основанная на предполагаемой воле сторон.* Согласно одному из подходов, § 242 как основание для судебного вмешательства в правоотношения сторон призван восполнять пробелы в регулировании обязательственных правоотношений. А именно тогда, когда стороны какие-либо вопросы не согласовали или не смогли согласовать, и при этом отсутствуют диспозитивные нормы закона, с помощью которых можно было бы закрыть образовавшиеся пробелы. В случае с внедоговорными обязательствами согласно данному подходу § 242 должен вступать в игру при отсутствии в законе соответствующих положений, способных урегулировать требующие этого вопросы. В литературе этот подход формулировался следующим образом: «Судья при использовании *Treu und Glauben* в обязательственных отношениях должен решать спор в вопросах, оставленных законом открытыми, таким образом, как бы это сделал законодатель. Это означает, что со строгим учетом фактических обстоятельств дела, исходя из соображений интересов обеих сторон, необходимо найти среднюю линию между противостоящими друг другу интересами сторон и на основании ее принять решение. При этом должны учитываться особенности обычаев оборота»⁴¹. Также подчеркивалось, что согласно такому подходу словосочетание *Treu und Glauben* должно получить «ясные мысли» (*klarer Gedanke*) или, иными словами, четкое содержание⁴².

Из подхода о том, что основанием для вмешательства в обязательственные отношения является необходимость закрыть пробелы в регулировании соответствующих отношений, появлялось понимание объема необходимого вмешательства. Имевшие место пробелы договорного и/или законодательного регулирования сами определяли степень вмешательства § 242. Поэтому создаваемые с помощью § 242 правовые положения должны были иметь ровно тот объем, чтобы закрыть имеющиеся пробелы. В случае с договорными отношениями речь шла о создании как бы недостающих условий конкретного обязательственного правоотношения, но не общих диспозитивных правовых

⁴¹ *Schneider K.* *Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Beck, München 1902, S. 132.

⁴² *Schneider K.* *Op. cit.* S. 132.

норм⁴³. В области же внедоговорных обязательств для конкретного правоотношения недостающие правила, о которых законодатель «не подумал», должны восполняться также с помощью § 157 и 242 ГГУ⁴⁴.

Масштабом для вмешательства с помощью § 242 и тем самым для легитимации созданных правовых положений могла служить в равной степени как для договорных, так и внедоговорных отношений так называемая «воля сторон». Содержание такой «воли сторон» в договорных обязательствах надлежало определять путем толкования имевшихся договоренностей, а во внедоговорных отношениях — путем установления «предполагаемой воли сторон» «обычных порядочных граждан»⁴⁵.

Преимущества данного подхода на первый взгляд могли показаться очевидными для разрешения пробелов в случае с договорными обязательствами. Логичным может показаться, что использование воли сторон, которой обосновывается возникновение и исполнение договорных отношений, является также инструментарием для применения § 242 в целях закрытия пробелов в регулировании договорных отношений. Правовым базисом здесь служит принцип автономии воли сторон, который в целом пронизывает договорные правоотношения и является их сутью. Он же является и своего рода ограничителем для злоупотреблений со стороны судьи, который при применении § 242 связан рамками действительной или предполагаемой воли сторон.

Недостатком такого подхода являлась узкая сфера применения *Treu und Glauben*, а именно лишь для закрытия пробелов в регулировании обязательственных отношений. Кроме того, кажущаяся логичность этого подхода вызывала сомнения при анализе легитимирующего основания в случае с внедоговорными правоотношениями. Внедоговорные обязательства основаны не на автономии воли сторон, а в большей степени на так называемых социальных ценностях. Даже если исходить во внедоговорных обязательствах из предполагаемой воли сторон, то определяться она должна была в соответствии с масштабом «обычных, порядочных граждан». Сам же такой масштаб подлежал определению исходя из существующих в обществе социальных оценок такого

⁴³ *Schmidt J.* *Op. cit.* § 242 Rn. 59.

⁴⁴ *Schneider K.* *Op. cit.* S. 202.

⁴⁵ *Schmidt J.* *Op. cit.* § 242 Rn. 60.

масштаба, из того, «что в соответствии с целями обязательственного правоотношения ожидаемо от порядочного и справедливого человека...»⁴⁶; «понимание *Treu und Glauben* объясняется тем, что приписывает ему оборот»⁴⁷. То есть, так или иначе, пробелы в правовом регулировании внедоговорных обязательств получали свое обоснование не через волю сторон, хоть и предполагаемую, а, в конечном счете, через некие объективно существующие в обороте и в обществе подходы и ценности. Приходя к такому выводу, получалось, что в таком случае содержание § 242 должно было бы пониматься двояко: закрытие пробелов в договорных отношениях с помощью принципа автономии воли сторон, а в случае с внедоговорными отношениями — посредством существующих в обществе объективных масштабов, ориентированных на определенные социальные ценности. Подчеркивалось, что это вызывало сложности в единообразном подходе к содержанию предписания § 242⁴⁸. Противники применения § 242 только лишь как правового средства для восполнения пробелов в обязательственных отношениях вменяли представителям этой теории в вину также то, что принцип добросовестности, исходя из истории его появления в ГГУ, а также в более ранних кодификациях, включая ФГК, по своему содержанию значительно шире, чем лишь средство для восполнения пробелов⁴⁹. Подчеркивалось, что даже в пояснительных материалах в процессе подготовки ГГУ указывалась цель принятия нормы — не просто выяснить посредством данной нормы обязательства сторон, а сформулировать важный практический принцип, который должен подчинить себе весь деловой оборот⁵⁰. Как видно, основной проблемой данной теории было правильное обоснование масштаба для вмешательства положений § 242 и создания новых правовых положений.

2) *Теория, основанная на социальных, нравственных ценностях.* Сторонники теории предполагаемой воли сторон исходили из потребностей правового регулирования в конкретном деле. Обнаруживавшиеся потребности являлись причиной для применения положений,

⁴⁶ *Dernburg H.* Op. cit. S. 27.

⁴⁷ *Kohler J.* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin, Carl Heymanns Verlag 1904, S. 535.

⁴⁸ *Schmidt J.* Op. cit. § 242 Rn. 62.

⁴⁹ *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 45.

⁵⁰ *Hamburger M.* *Treu und Glauben im Verkehr*, Mannheim 1930, S. 4.

вытекающих из § 242. То есть необходимость восполнения выявленных пробелов в регулировании отношений сторон была первична, а применение принципа добросовестности являлось следствием. Исходя из этой необходимости восполнения правового пробела в конкретной ситуации обосновывались объем и масштаб для вмешательства в отношения сторон с помощью § 242. Их же критики предлагали поступать прямо противоположным образом. Они отталкивались первоначально от масштаба для вмешательства, от тех правовых положений, которые объективно обосновывались и создавались с помощью § 242. Сам масштаб для вмешательства как бы порождался и определялся принципом добросовестности. При этом масштаб и легитимация новых правовых положений выделялись в объективных социальных оценках. Уже при наличии такого объективного масштаба далее делались попытки определить основания и объем вмешательства в конкретном правоотношении. Рудольф Штаммлер, являвшийся одним из основных представителей⁵¹ этой теории, задавался вопросом: что есть *Treu und Glauben*, какое правило здесь предполагается для разрешения спорных вопросов?⁵² Отвечая на этот вопрос, Штаммлер рассуждал следующим образом. Закон не пытается самостоятельно решить спорный вопрос и не дает для этого готовую формулу. Он передает эту проблему науке, которая должна развивать предложенное правовое содержание и находить необходимые инструкции для решения конкретных вопросов. Ясным является то, что закон со ссылкой на *Treu und Glauben* указывает на необходимость разрешения гражданских споров объективным, четким и формально единообразным образом и способом. Не должно подлежать сомнению, что *Treu und Glauben* в своем общем значении необходимо отличать от отдельных позитивных правовых норм. Не должны быть определяющими те или иные специальные правила, которые стороны установили заранее. Правило *Treu und Glauben* должно давать для конкретного случая объективно

⁵¹ В немецкой литературе указывалось, что правовые мысли Рудольфа Штаммлера получили широкую поддержку в юридических научных кругах и что все представители теории социальных ценностей цитировали их; см.: *Schmidt J.* Op. cit. § 242 Rn. 64; *Looschelders D., Olzen D.* Op. cit. § 242 Rn. 46.

⁵² *Stammler R.* *Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren*, Berlin 1897, S. 36.

правильное решение. Такое решение должно быть найдено и обосновано. Оно даже может в отдельных случаях предметно противоречить специальным позитивным правовым положениям⁵³. Таким образом, ключевым для масштаба § 242 должно быть определение того, что является объективно правильным для конкретного спорного случая. Каждое правовое требование той или иной стороны правоотношения не только должно обосновываться отдельными договоренностями сторон и/или отдельными позитивными нормами закона и просто им формально соответствовать. Оно должно быть содержательно правильным и обоснованным. А это могло быть возможным, если бы рядом с формулировками закона стояли указания на необходимость соблюдения моральных норм⁵⁴. Однако таких норм морали, разработанных специально для каждого случая, не имеется. В связи с этим возникает вопрос: с помощью какого надежного метода могут быть найдены правовые положения, соответствующие нормам морали и тем самым представляющие собой объективно правильное решение в соответствии с принципом *Treu und Glauben*? Такой метод Штаммлер видит в том, что в конкретном случае, который должен разрешаться с учетом *Treu und Glauben*, необходимо обращаться к главной цели всего правопорядка. Такой целью является правовое упорядочение отношений всех совместно проживающих индивидов. Собственно, и отдельные позитивные правовые нормы и правила как составные части правопорядка подчинены этой же цели. Совместное проживание индивидов — человеческое сообщество, основанное на взаимной любви и уважении каждого к каждому, согласно Штаммлеру, означает восприятие отдельным членом сообщества интересов другого члена в качестве собственных интересов⁵⁵. Отсюда вывод, что конечной целью права и государства является сообщество свободных людей, основанное на их гармоничном совместном сосуществовании. Но поскольку такого идеального человеческого общежития в реальной жизни не существует, поскольку это лишь цель, идеал, к которым право должно стремиться, то масштабом для оценки правовых отношений

⁵³ *Stammler R.* Op. cit. S. 37.

⁵⁴ *Stammler R.* Op. cit. S. 39.

⁵⁵ *Stammler R.* Op. cit. S. 41.

сторон должен выступать некий социальный идеал. Такое рассуждение в итоге дает определение принципа *Treu und Glauben*: *Treu und Glauben* является нормой для решения правового спора, которая в конкретных обстоятельствах дает правильное решение с точки зрения социального идеала⁵⁶. Масштаб социального идеала придает норме как бы объективный характер. Социально идеальными отношения могут быть, только если они соответствуют масштабу социального идеала. Взвешивание и оценка противостоящих субъективных интересов и желаний сторон правоотношения должны производиться с точки зрения социального идеала. Судья должен принять такое решение, какое бы имело место при социально-идеальных отношениях, когда каждая из сторон исходила бы не только из своих собственных интересов и целей, но также принимала бы интересы другой стороны.

Сторонники данной теории в ее развитие подчеркивали, что следует учитывать тот факт, что социальный идеал не всегда является одним и тем же. Исходя из разнообразия фактических обстоятельств и многообразия правоотношений социальный идеал в принципе не может быть единообразным понятием, и объем необходимого применения принципа *Treu und Glauben* может быть различен от ситуации к ситуации⁵⁷.

Если исходить из этой теории и масштаба социального идеала, отсюда логически вытекает и объем вмешательства § 242 в правоотношения сторон. А именно, сюда попадает вся область регулирования отношений сторон, на которую распространяются новые правовые положения, созданные посредством масштаба социального идеала. И не только области договорных и внедоговорных отношений, в которых сделками или законом оставлены правовые пробелы, но также и урегулированные либо соглашением сторон, либо нормами права отношения. Последние должны проверяться, контролироваться на соответствие масштабу социального идеала.

Данная теория, как считается, имела очевидные преимущества перед теорией предполагаемой воли сторон. Здесь в качестве правового инструментария выступала единообразная правовая модель, согласно

⁵⁶ *Stammler R.* Op. cit. S. 42–43.

⁵⁷ *Steinbach E.* Op. cit. S. 22.

которой в юридико-техническом смысле понятно было, как определить основание и объем вмешательства § 242 в отношении сторон. Также данный подход в равной степени логически был оправдан как для договорных, так и внедоговорных правоотношений.

Однако теория социального идеала в силу ее излишней идеалистичности также вызвала критику в научных кругах. В литературе ее даже называют экстремальной или крайней позицией⁵⁸. При оценке теории социального идеала современники Штамллера критиковали ее, указывая, что она лежит больше в сфере религиозных и нравственных обязательств, что «право не может ставить себе такие высокие цели», что «цели Германского гражданского уложения так далеко не идут»⁵⁹. Теория социального идеала является идеалистической точкой зрения, чрезмерной для практической правовой действительности⁶⁰.

В силу излишней «крайности» теории социального идеала предлагались более «мягкие» определения значения *Treu und Glauben*: «Закон не имел в виду ничего другого, чем то, что судья должен руководствоваться тем, что в обязательстве согласно его целям и обычаям порядочный и справедливо мыслящий человек вправе ожидать от другой стороны»⁶¹. Или: «*Treu und Glauben* является объективным масштабом, в соответствии с которым то, что согласно общему мнению противоречит порядочности в обороте, должно быть лишено судьей правовой силы и правовой защиты»⁶².

Как видно, и теория социального идеала, и другие в определенной степени схожие с ней подходы, основанные на внешнем масштабе оценки прав и обязанностей сторон в правоотношении, исходили из того или иного внешнего объективного масштаба, санкционированного § 242 ГГУ. Определения сущности закрепленного в § 242 принципа с точки зрения внешнего объективного масштаба оценки конкретных правоотношений имели, как уже было сказано, преимущества в юридико-техническом плане и в большей степени

⁵⁸ Schmidt J. Op. cit. § 242 Rn. 63.

⁵⁹ Dernburg H. Op. cit. S. 26.

⁶⁰ Oertmann P. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1928, S. 27.

⁶¹ Dernburg H. Op. cit. S. 26.

⁶² Endemann F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1903, S. 592.

соответствовали тем целям и задачам, которые исторически еще с кодификаций XIX в. и в процессе разработки ГГУ придавались норме *Treu und Glauben*. Эти преимущества и определили то, что подходы, основанные на внешнем объективном масштабе, который в свою очередь базировался на определенных признаваемых социальных ценностях, получили в литературе статус «господствующего мнения»⁶³. Однако данные подходы имели один очевидный минус, который обсуждался еще на протяжении всего XIX в. известными немецкими правоведами⁶⁴. Всякое применение права, в том числе определение того, какие общественные ценности признаны в определенный период времени, и соизмерение конкретного спорного случая с подлежащими учету социальными ценностями отнесено к компетенции судьи. Здесь и проходит линия, которая отделяет правосудие от судейской ошибки или от судейского произвола. Для локализации и решения данной проблемы единым было мнение, что свобода усмотрения судей должна сопровождаться и контролироваться научной доктриной. Кроме того, предсказуемость решений спорных ситуаций на практике должна достигаться тем, что в науке и прежде всего в комментариях должны систематизироваться и описываться типовые случаи применения § 242 ГГУ⁶⁵.

После вступления в силу ГГУ в период активных научных дискуссий о значении и сущности нормы *Treu und Glauben* внимание теоретиков было естественным образом обращено и к важной составляющей нормы § 242, а именно к обычаям оборота (*Verkehrssitte*), к их роли в контексте всего правила, заложенного в § 242.

Под обычаями оборота понимали такие обычаи, которые присущи обороту, преобладают в обороте с точки зрения большего или меньшего количества людей, а также то, как оборот осуществляется фактически преимущественным образом⁶⁶. Обычаи оборота подлежат учету вне зависимости от воли сторон. Это следует из императивности

⁶³ Schmidt J. Op. cit. § 242 Rn. 69.

⁶⁴ Подробнее о проблеме судейского усмотрения при применении *bona fides* см.: Haferkamp H.-P. Op. cit. § 242 Rn. 41–44.

⁶⁵ Haferkamp H.-P. Op. cit. § 242 Rn. 65.

⁶⁶ Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht, Leipzig 1914, S. 32.

формулировки нормы § 242. То есть соглашение сторон о неподчинении их отношений обычаям оборота не препятствует обязательности учитывать эти обычаи при оценке спорной ситуации с точки зрения *Treu und Glauben*. Это следует также из того, что вся норма § 242 является императивной и не может быть исключена сторонами из правового регулирования их отношений. Обычаи оборота различны в зависимости от времени и места⁶⁷. *Treu und Glauben* и обычаи оборота не равнозначны. Последние сами по себе не относятся к категориям порядочности или нравственности⁶⁸. В этом смысле обычаи оборота не представляют собой какой-то социально-этический принцип; в большей степени они являются фактически существующим в обороте порядком, которого судья должен придерживаться при отсутствии более специальных норм. Обычаи оборота не представляют собой правовые нормы в узком смысле, так как они имеют значение только при учете их в процессе применения *Treu und Glauben*. Ссылка § 242 на *Treu und Glauben* означает формальное направление, куда должно двигаться решение судьи при рассмотрении им спорного случая. Обычаи же оборота являются одним из моментов, который помогает выяснить необходимый для оценки правоотношений фактический материал. В этом смысле они ни в коем случае не являются формулой для окончательного решения спора⁶⁹. То есть спор не должен быть обязательным образом решен так, как это решалось бы только с помощью обычаев оборота. Обычаи оборота являются путеводной звездой для оценки обязательственных отношений, но не единственной⁷⁰. Учет обычаев оборота призван облегчить конкретизацию обязанности, подлежащую исполнению в соответствии с *Treu und Glauben*. Смысл правовых норм, подлежащих применению на основании § 242 ГГУ, подлежит определению согласно *Treu und Glauben* с учетом обычаев оборота. То есть обычаи оборота есть сами по себе важное вспомогательное средство при толковании позитивных правовых положений⁷¹. Требование учета фактических обстоятельств служит

⁶⁷ Dernburg H. Op. cit. S. 26.

⁶⁸ Dernburg H. Op. cit. S. 28.

⁶⁹ Steinbach E. Op. cit. S. 13.

⁷⁰ Dernburg H. Op. cit. S. 28.

⁷¹ Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 369–370.

в качестве практической помощи для правоприменения. С помощью обычаев оборота легче выяснить масштаб *Treu und Glauben* в конкретной ситуации. Подчеркивалось, что если закон не будет учитывать фактические жизненные обстоятельства, в том числе обычаи оборота, то это не будет соответствовать интересам оборота, может приводить к чуждым ему результатам⁷². Указывалось также, что обычаи оборота выполняют как бы руководящую функцию в отношении *Treu und Glauben*, что если *Treu und Glauben* — это текущая вода, то обычаи оборота можно сравнить с сосудом, в котором только и может быть эта вода осязаема⁷³.

Первые годы после вступления в силу Германского гражданского уложения и соответственно норм о добросовестности охарактеризовались широкими научными дискуссиями о правилах § 242 ГГУ. Именно в это время были заложены значительные теоретические основы о понятии, значении и роли данных правил. Доктринальные разработки позволили в свою очередь начать применять принцип добросовестности в судебной практике.

V. Начало применения § 242 ГГУ в судебной практике

Позитивное закрепление принципа добросовестности в Германском гражданском уложении породило не только научный интерес к данной правовой категории, но также стало основанием для его применения на практике в судебных делах. Если сначала количество дел, в которых § 242 использовался в качестве обоснования сделанных выводов, было невелико⁷⁴, то уже спустя несколько лет после вступления ГГУ в силу количество таких дел значительно выросло. Широко распространенная в литературе теория признанных социальных ценностей оказала существенное влияние на подходы судебной практики. Суды применяли § 242 не только для восполнения пробелов в правовом регулировании, но и для широкого контроля и исправления содержания

⁷² Oertmann P. Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 374.

⁷³ Al-Shamari N. Die Verkehrssitte im § 242: Konzeption und Anwendung seit 1900, Tübingen 2006, S. 70.

⁷⁴ Первое решение имперского суда было датировано 25.04.1901.

правоотношений. Наряду с восполнением пробелов и конкретизацией договорных обязанностей, а также дополнением диспозитивных законодательных норм имперский суд корректировал договорные и даже законодательные нормы. Развитие практики применения § 242 характеризует высказывание в одном из решений имперского суда в 1914 году: «Система ГГУ пронизана принципом *Treu und Glauben...*», «§ 157, 226, 242, 826 являются лишь особым выражением общего принципа...», «Принцип подчиняет все отдельные нормы и должен придавать им живое действие через разъяснение, расширение, дополнение или ограничение отдельных дословных формулировок»⁷⁵.

VI. Заключение

Наибольшее развитие принцип добросовестности получил с началом Первой мировой войны и последовавшими за ней экономическими потрясениями, включая галопирующую инфляцию, со всеми вытекающими из этого последствиями как для предпринимательского и торгового, так и для общегражданского оборота. Тогда выяснилось, что правовое регулирование, основанное только на формальном подходе, не способно справиться с вставшими перед ним задачами. В таких условиях немецкий правопорядок был вынужден широко обращаться к принципу добросовестности, посредством которого удавалось сглаживать огромные правовые дисбалансы, которые не могли быть разрешены только посредством учета формальных правовых норм. Одной из необходимых предпосылок для развития принципа добросовестности в эти периоды в судебной практике послужило наличие соответствующей доктрины как XIX в., так и, в первую очередь, появившейся в первые годы после вступления в силу ГГУ.

Масштабное развитие принципа добросовестности в периоды Первой мировой войны и Веймарской республики, оказавшее в результате огромное значение не только на немецкую правовую систему, но и на многие европейские правопорядки, в том числе и на российский Гражданский кодекс, на международные унифицированные акты, представляет собой значительный интерес для отечественного

⁷⁵ Looschelders D., Olzen D. Op. cit. § 242 Rn. 52.

читателя. Знание и понимание дальнейшего развития принципа добросовестности позволит лучше понять значение, содержание и функции в российском праве не только самого этого принципа, но и других правовых институтов, которые были сформированы в процессе развития принципа добросовестности и со временем отпочковались от него для самостоятельного существования.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
РОССИЙСКОГО
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

И. Д. КУЗЬМИНА*

ПОНЯТИЕ И СОСТАВ НЕДВИЖИМОСТИ: ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ

Недвижимость — это особая категория, имеющая общемировое распространение. В нашей стране в связи с известными историческими событиями (отменой частной собственности за землю, объявлением земли достоянием государства и запрещением ее оборота) она была утрачена и восстановлена лишь в конце XX века. С возвращением в российское право категории недвижимости она заняла свое место среди объектов имущественных отношений. Для правового режима недвижимости, т. е. для правовой характеристики недвижимости как объекта гражданских правоотношений в сфере присвоения и оборота, с одной стороны, свойственны общие начала построения гражданских отношений: юридическое равенство участников, координация и децентрализация, частная инициатива. С другой стороны, правовой режим недвижимости имеет свою специфику, вызванную особенностями указанных объектов, а именно их исключительным социально-экономическим значением как основы осуществления любой хозяйственной и иной деятельности, высокой стоимостью, наличием особых публичных интересов. Именно этим обусловлена необходимость придания отношениям, возникающим по поводу недвижимости, ясности, определенности, доказательности, «особой устойчивости и внешней распознаваемости»¹, пусть даже ценой установления более сложных, неподвижных и тяжелых по сравнению с остальным оборотом правовых форм². Для правового режима недвижимости

свойственны формальность, публичность и публичная достоверность. Формализм проявляется в ведении государственных реестров, отражающих правовую судьбу конкретного объекта недвижимости: переход права собственности, возникновение обременений и ограничений, в том числе и залога; государственные реестры открыты для всех заинтересованных лиц (т. е. носят публичный характер), а внесенные в них записи считаются достоверными (правильными, истинными).

Указанные особенности организации отношений по поводу объектов недвижимости утвердились в российском правовом порядке в процессе масштабной реформы, начатой в начале 90-х годов прошлого века. Конечно, в историческом плане 20 лет существования новой правовой реальности — это довольно небольшой отрезок времени. Однако к настоящему времени сложилось устойчивое представление о неудовлетворительном положении дел и необходимости комплексного реформирования всего нашего такого нового законодательства о недвижимости. Основные идеи этих реформ обобщены в ряде концепций, самые известные из которых — это Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе, одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 15.12.2003 (протокол № 18) (далее — Концепция 2003 г.)³ и Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 07.09.2009 (далее — Концепция 2009 г.)⁴.

Важнейшее направление совершенствования законодательства о недвижимости составляют проблемы реформирования состава недвижимости. Известно, что недвижимости «вообще» не существует.

мости // Журнал Министерства юстиции. 1911. Май. С. 109; Бабкин С. А. Основные начала организации оборота недвижимости. М.: АО ЦентрЮрИнфоР, 2001. С. 80.

³ Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 15 декабря 2003 г. (протокол № 18). <http://www.civilista.ru/files/gk/concepicii/nedvijimost.pdf>

⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11.

* Кузьмина Ирина Дмитриевна — доктор юридических наук, профессор Федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Сибирский федеральный университет» (Красноярск).

¹ Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Полутом 2. Введение и общая часть. М.: Изд-во иностранной литературы, 1950. С. 17.

² Ельяшевич В. Б. Очерк развития форм поземельного оборота на Западе. СПб., 1913. С. 5; Фрайтаг-Лоринговен А. Проект вотчинного устава и мобилизация недвиж-

Легальное понятие недвижимости, данное в ст. 130 ГК РФ, объединяет объекты разных типов, для которых не свойственны общесистемные признаки, устойчивое сочетание определенных параметров, которые можно адресовать всем ее разновидностям. «Фактическая неподвижность», «стационарность» является определяющим критерием лишь для части объектов недвижимости: земельных участков и всего, что прочно связано с землей. Остальные объекты недвижимости не обладают указанными свойствами.

Сформировалось представление об отсутствии оптимального уровня общности недвижимости. Выявившуюся сборность построенной законодателем модели недвижимости предполагалось преодолеть путем исключения из перечня одних объектов недвижимости и дополнения другими, а также решения вопроса о правовых режимах некоторых функционально связанных между собой объектов недвижимости.

Исключению должны были подвергнуться, во-первых, объекты, не отвечающие критериям недвижимости: леса, многолетние насаждения, обособленные водные объекты, которые являются элементами земельного участка (Концепция 2003 г.); воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (Концепция 2009 г.). Законодательное отнесение последних к объектам недвижимости обычно объясняют высокой стоимостью и наличием особых публичных интересов, в силу чего «существует необходимость повышенного (по сравнению с иными объектами гражданского права) контроля за владением, пользованием и распоряжением ими»⁵. Между тем именно зафиксированное, определенное положение, занимаемое недвижимостью в пространстве (ее неподвижность) предоставляет возможность сконцентрировать в одном месте все записи, касающиеся этих объектов, что совершенно невозможно по отношению к легко перемещаемым с места на место движимым вещам⁶. Именно этим объясняется отсутствие единства правового режима недвижимости и вещей, движимых по природе, которые закон отнес к недвижимости,

⁵ Бабкин А. А. Указ. соч. С. 80; Гонгалов Б. М. Понятие недвижимого имущества // Правовое регулирование оборота недвижимого имущества: Сб. научных статей. Екатеринбург, 2002. С. 7; Тай М. А. Морское судно в системе объектов вещных прав: Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2006. С. 11.

⁶ Ельшешевич В. Б. Указ. соч. С. 5–7.

в такой существенной части, как специальный учет, государственная регистрация прав и сделок: отсутствует единство законодательной основы, порядка регистрации, регистрирующих органов и реестров.

Кроме того, обе Концепции предполагали исключить из состава недвижимости самый искусственный его элемент — предприятие как имущественный комплекс из-за отсутствия четких признаков этого объекта и его практической невостребованности.

Ожидаемые новации в отношении элементов территории (лесов, многолетних насаждений, обособленных водных объектов) были реализованы еще до утверждения Концепции 2009 г. путем внесения текущих изменений в ст. 130 ГК РФ: в 2006 году из перечня объектов недвижимости были исключены обособленные водные объекты, а затем — леса и многолетние насаждения. В отношении остальных спорных объектов (предприятий, воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов) предложения об их исключении из состава недвижимого имущества нашли свое практическое воплощение в Проекте Федерального закона № 47538–6 (во втором чтении) «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» (далее — Проект № 47538–6), принятом к рассмотрению Государственной Думой в апреле 2012 года⁷. При этом к судам в законопроекте было предложено применять правила о недвижимых вещах, «если иное не установлено законом и не вытекает из существа указанных объектов гражданских прав» (ст. 130 в редакции Проекта № 47538–6). Действительно, организация оборота иных объектов с использованием некоторых элементов правового режима недвижимости (введение специального учета, государственной регистрации и т. п.) возможна и без включения их в состав недвижимости. В механизмах гражданско-правового регулирования имеется такой известный прием, как распространение на одну сферу правовой действительности правил о другой. Так, на индивидуальных

⁷ В ноябре 2012 года постановлением Государственной Думы указанный законопроект было предложено разделить на отдельные положения, которые должны были стать самостоятельными законопроектами.

предпринимателей, публично-правовые образования распространены правила о юридических лицах без отнесения их к юридическим лицам. К тому же в рассматриваемой сфере такой прием уже применяется: в сфере залога правовой режим недвижимости применен к объектам, представляющим собой иной, чем вещи, вид имущества. Речь идет о некоторых имущественных правах требования: право арендатора по договору об аренде недвижимого имущества и право требования участника долевого строительства. В России подобные блага недвижимостью не признаются. На указанные объекты лишь распространен правовой режим недвижимости, причем в ограниченной сфере отношений — залоговых.

Действующее, обновленное, гражданское законодательство о недвижимости отказалось от реализации предложенных идей, исключив из состава объектов недвижимости лишь космические объекты⁸ и по-прежнему признавая в качестве объектов недвижимости подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания⁹, а также предприятия как имущественные комплексы.

Наряду с сокращением состава недвижимости обе Концепции признавали необходимость дополнения перечня объектов недвижимости за счет включения в него объектов незавершенного строительства (Концепция 2003 г.), жилых и нежилых помещений в зданиях (Концепция 2003 г. и Концепция 2009 г.), а также технологического имущественного комплекса недвижимости, в котором разнородные вещи объединены единой технологической связью, с обязательным наличием в его составе земельного участка (Концепция 2009 г.). В последнем случае имелись в виду значимые имущественные комплексы, не обладающие признаками предприятий, в сфере газоснабжения, электроснабжения, обеспечения коммунальных, гостиничных,

⁸ См.: Федеральный закон от 13.07.2015 № 216-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос» // СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4342.

⁹ В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в отношении таких объектов указывается, что они подчинены режиму недвижимых вещей (п. 38).

образовательных и прочих услуг, санаторно-курортного лечения, авиационных, железнодорожных перевозок, хранения отходов, нефтедобычи и т. п., не отнесенные ГК РФ к объектам недвижимости и не имевшие единого нормативного определения.

Указанные выше объекты (технологические имущественные комплексы, объекты незавершенного строительства, а также жилые и нежилые помещения) в качестве отдельных от зданий и сооружений объектов недвижимости были известны нашему правопорядку¹⁰. Однако они существовали в условиях острого дефицита правового регулирования: не были указаны в качестве объектов недвижимости в ст. 130 ГК РФ¹¹, отсутствовали определения их понятий, не были установлены правила введения помещений в гражданский оборот (условие, порядок и правовой результат), не определен правовой режим общего имущества нежилого здания, в котором располагаются помещения, не урегулированы права собственников помещений в нежилых зданиях на земельные участки. Пробелы закона отчасти восполняли акты судебной практики¹².

¹⁰ См.: ст. 1, 25 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594; ст. 69.1, 77 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400; Постановление Правительства РФ от 11 февраля 2005 г. № 68 «Об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи» // СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 650 и др.

¹¹ Объекты незавершенного строительства были включены в перечень объектов недвижимости Федеральным законом от 30.12.2004 № 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 39; жилые и нежилые помещения — Федеральным законом от 03.07.2016 № 315-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 27 (часть II). Ст. 4248.

¹² См., например: Постановление Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 9; Постановление Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге» // Вестник ВАС РФ. 2011. № 4; Постановление Пленума ВАС РФ от 25.01.2013 № 13 «О внесении дополнений в постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 4; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части

Проект № 47538–6 предлагал следующие положения, устанавливающие правовой режим жилых и нежилых помещений:

- помещения относились к недвижимым вещам, если они выделены в установленном порядке в качестве самостоятельных объектов гражданских прав (ст. 130 в редакции Проекта № 47538–6);
- определялось понятие помещения (ст. 298 в редакции Проекта № 47538–6);
- были предложены некоторые правила введения их в оборот: обозначен такой необходимый завершающий этот процесс элемент, как государственная регистрация права собственности на указанные объекты (ст. 130 в редакции Проекта № 47538–6);
- определена судьба здания при формировании в нем такого объекта, как помещение, — оно перестает существовать как объект права собственности (п. 2 ст. 298 в редакции Проекта № 47538–6);
- за собственниками помещений признавалась доля в праве собственности на общее имущество здания (ст. 298 в редакции Проекта № 47538–6), а также доля в праве общей долевой собственности на земельный участок, необходимый для использования здания, и определяется порядок возникновения этого права (различно для собственников помещений в многоквартирном доме и иных зданиях) (ст. 298.6 в редакции Проекта № 47538–6);

Перечень объектов недвижимости в Проекте № 47538–6 предполагалось дополнить новым недвижимым имущественным комплексом. Вместо предложенного Концепциями технологического имущественного комплекса недвижимости с обязательным присутствием в нем земельного участка и технологической связью появился единый недвижимый комплекс без земельного участка и с тремя типами связей (технологической, или физической, или территориальной). Единый недвижимый комплекс признавался недвижимой вещью как единый неделимый объект, если объединение образующих его объектов в одну недвижимую вещь отражено в едином государственном

первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 25 и др.

реестре прав на недвижимое имущество единого имущественного комплекса (ст. 130 в редакции Проекта № 47538–6).

Таким образом, Проект № 47538–6 предлагал достаточно системное и целостное определение правового режима новых объектов недвижимости, что способствовало упорядочению отношений по их присвоению и обороту. Одновременно с этим сохранялась актуальность решения ряда вопросов: определение понятия зданий, сооружений и объектов незавершенного строительства как объектов недвижимости¹³, критериев отграничения помещений в качестве самостоятельных объектов недвижимости от вспомогательных помещений; установление правового механизма привлечения собственников помещений в таких зданиях к исполнению своих обязанностей по содержанию общего имущества и др.

Обозначенная Проектом № 47538–6 корректировка состава недвижимости путем дополнения перечня новыми объектами была осуществлена в несколько этапов: сначала в нем появился единый недвижимый комплекс (ст. 133.1, введена Федеральным законом от 02.07.2013 № 142-ФЗ), затем — жилые и нежилые помещения и объект, о котором не упоминалось ни в Концепциях, ни в Проекте № 47538–6, — машино-место (абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК РФ, введен Федеральным законом от 03.07.2016 № 315-ФЗ).

При этом гражданский законодатель последовательно решил проблему определения понятий объектов недвижимости: лишь два из них (предприятие и единый недвижимый комплекс) закреплены в нормах Гражданского кодекса. В отношении остальных объектов внимание законодателя ограничилось лишь указанием в ст. 130 ГК РФ на их принадлежность к объектам недвижимости. Отчасти этот пробел восполняется строительно-техническим описанием указанных объектов в Градостроительном кодексе РФ¹⁴ и Федеральном законе от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности

¹³ Можно предположить, что в этом проявилась реализация представлений о том, что эти определения не нужны, так как находятся «вне предмета гражданского законодательства» (§ 3 раздела III Концепции 2003 г.).

¹⁴ Градостроительный кодекс РФ, принят Федеральным законом от 29.12.2004 № 190-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 16.

зданий и сооружений»¹⁵, где определено, что здания и сооружения представляют собой строительные системы, состоящие из ряда непрерывных элементов, которые имеют определенное функциональное назначение, а помещение — «часть объема здания или сооружения, имеющая определенное назначение и ограниченная строительными конструкциями, выполняющими определенные несущие, ограждающие и (или) эстетические функции». Это сугубо техническое описание дополнено положениями п. 6 ст. 24 и пп. 34 п. 1 ст. 26 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»¹⁶: помещение — это «геометрическая фигура», образованная внутренними сторонами наружных стен, отличающаяся особенностью и изолированностью. Объект незавершенного строительства в Градостроительном кодексе РФ вообще определяется как объект, строительство которого не завершено (ст. 1).

Таким же неполным и разорванным по нескольким источникам оказалось нормативное определение понятия нового для нашего права объекта недвижимости — машино-места:

- в ГК РФ указывается на то, что машино-места — это предназначенные для размещения транспортных средств части зданий или сооружений (ст. 130);
- в Градостроительном кодексе РФ данное определение дополняется техническим описанием машино-места: индивидуально определенная часть здания или сооружения, которая не ограничена либо частично ограничена строительной или иной ограждающей конструкцией (ст. 1). Кроме того, Градостроительный кодекс указывает признаки, отличающие машино-места от парковочных мест (парковки): первый объект (машино-место) является внутренней частью здания или сооружения, второй (парковочное место, парковка) — является частью объектов улично-дорожной сети (ст. 1);
- в Федеральном законе от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» уточняются способы

определения границ той «геометрической фигуры», которой является машино-место (способ индивидуализации): путем нанесения на поверхность пола или кровли разметки (краской, с использованием наклеек или иными способами) (ст. 24).

Судебная практика выявила очевидную недостаточность приведенных определений понятий объектов недвижимости, в частности, по таким категориям дел, как признание зарегистрированного права отсутствующим в связи с тем, что объект не относится к недвижимым вещам, оспаривание отказа в постановке на кадастровый учет, о предоставлении земельного участка, на котором расположен объект недвижимости, и др. В результате именно правоприменитель вынужден был восполнять законодательные пробелы в решении данного вопроса, а именно:

- определил стадию строительной деятельности, на которой является объект незавершенного строительства: завершение работы по сооружению фундамента или аналогичных им работ (п. 38 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»);
- решил проблему квалификации некоторых результатов руководящих изменений земельного участка («замощений», «асфальтобетонных покрытий», «инженерных сетей» и т. п.): для признания их самостоятельными, отдельными от земельного участка объектами недвижимости необходимо наличие у них самостоятельного назначения, отличного от назначения земельного участка. Если «объект создан исключительно в целях улучшения качества и обслуживания земельного участка и не обладает самостоятельным функциональным назначением, он является неотъемлемой частью земельного участка и не может быть признан объектом недвижимости, права на который подлежат государственной регистрации»¹⁷. Частный случай такого улучшения представлен в Обзоре судебной практики Верховного Суда

¹⁵ Федеральный закон от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» //Собрание законодательства РФ. 2010. № 1. Ст. 5.

¹⁶ СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4344.

¹⁷ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2016), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.07.2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 3.

Российской Федерации № 1, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13.04.2016: благоустроенная площадка, представляющая собой слой щебня с асфальтовым покрытием степенью готовности 1,18 %, права на которую собственнику удалось зарегистрировать как на недвижимость. Судебная коллегия Верховного Суда РФ по экономическим спорам пришла к выводу о том, что «спорный объект ввиду отсутствия неразрывной связи с землей следует признать замощением земельного участка, которое является его частью», а не самостоятельной недвижимой вещью (объектом незавершенного строительства)¹⁸;

- выявил признаки «прочной связи с землей» для рукотворных объектов недвижимости: наличие «заглубленного фундамента»¹⁹, подведение к объекту стационарных коммуникаций²⁰, невозможность быть разобранным и перенесенным на другое место и заново собранным без потери своих качеств²¹, без разрушения²². Для отнесения объекта к недвижимости важно установить не только физическую связь объекта недвижимости с земельным участком, но и наличие и характер права на земельный участок у владельца здания, сооружения или объекта незавершенного строительства. Отсутствие таких прав вообще либо возведение постройки на земельном участке, разрешенное использование которого не допускает строительства на нем данного объекта, приводит к созданию самовольной постройки, исключенной из гражданского оборота. Такое же значение для квалификации вновь созданного объекта имеют и иные обстоятельства его возведения, указанные в ст. 222 ГК РФ в качестве

¹⁸ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2016), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13.04.2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11, 12.

¹⁹ Обзор судебной практики по делам, связанным с оспариванием отказа в осуществлении кадастрового учета, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.11.2016 // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Постановление ФАС Уральского округа от 15.01.2008 № Ф09-4441/07-С6 по делу № А60-865/2007.

²¹ Определение Верховного Суда РФ от 16.06.2017 № 310-ЭС17-6449 по делу № А84-1721/2015.

²² Определение Верховного Суда РФ от 10.01.2017 № 308-КГ16-18411 по делу № А53-8073/2016.

признаков самовольной постройки: отсутствие необходимых разрешений или нарушение градостроительных и строительных норм и правил;

- уточнил критерии такого объекта недвижимости, как помещение. Как отмечено в Обзоре судебной практики по делам, связанным с оспариванием отказа в осуществлении кадастрового учета, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.11.2016, «особенность как признак помещения представляет собой пространственную характеристику, указывающую на то, что часть здания или сооружения ограничена строительными конструкциями. В то же время изолированность является функциональной характеристикой, отражающей то, что помещение имеет самостоятельное назначение, отдельный вход, не используется для доступа в иное помещение, доступа к общему имуществу собственников помещений в здании, инженерным коммуникациям» (п. 4).

Совершенствование правового режима недвижимости требовало не только уточнения предметных границ его действия, но и определения правовой связи между отдельными объектами недвижимости, физически и функционально соединенными между собой. Обе Концепции заявляли о необходимости решения вопроса установления соотношений правовых режимов некоторых объектов недвижимости. Во-первых, речь идет о земельном участке с находящимися на нем зданиями, сооружениями и другими прочно связанными с землей объектами недвижимости, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно. Принадлежат к отдельным видам недвижимых вещей, указанные объекты связаны между собой прежде всего функционально: здания и тому подобные объекты физически соединены с землей; в то же время наличие на земельном участке здания делает невозможным его иное использование, чем места расположения, пространственной базиса здания. Такое соединение двух разных объектов недвижимости предопределяет необходимость установления правового режима, который бы обеспечивал их правовую общность для сферы присвоения и оборота. Этим целям служат либо режим «единого объекта», когда совокупность разнородных вещей определена как единый и неделимый объект («как одна вещь»),

либо режим «единой правовой судьбы», когда одна вещь следует судьбе другой вещи (режим главной вещи и принадлежностей), либо вещи образуют некую совокупность с единой правовой судьбой, которой следуют все входящие в нее вещи.

В российском законодательстве была реализована идея единой правовой судьбы, сформулированная в виде достаточно традиционного правила следования, согласно которому одно имущество следует юридической судьбе другого имущества. Такая логика решения вопроса требует определения, какое имущество является первичным, а какое — следует его судьбе. ЗК РФ посвящает вопросу соотношения правового режима земельных участков и прочно связанных с ними объектов недвижимости две нормы: в п. 5 ст. 1 указывается, что объекты, прочно связанные с земельными участками, следуют судьбе земельных участков; а в ст. 35 — что отчуждение здания проводится вместе с земельным участком. Буквальное следование тексту закона приводит к взаимоисключающим суждениям о типе связи между земельным участком и находящимися на нем зданиями и сооружениями. В Гражданском кодексе РФ соответствующие правила устанавливают возможность совершать сделки в отношении зданий и сооружений, по которым одновременно решается вопрос и о земельном участке (ст. 273, 552, 652). Прочие федеральные законы, как правило, также исходят из представлений о главенствующем значении зданий и сооружений, судьбе которых должен следовать земельный участок: п. 1 ст. 28 Федерального закона от 21.12.2001 «О приватизации государственного и муниципального имущества»²³; п. 3 ст. 21 Федерального закона от 29.09.1997 «О свободе совести и религиозных объединениях»²⁴.

В Концепции 2003 г. была отмечена важность решения данного вопроса в отношении земельного участка и здания, расположенного на нем, «для нормального использования объектов недвижимости и для упорядочения оборота», выявлена внутренняя противоречивость, непоследовательность и хаотичность действовавшего российского законодательства, высказано мнение относительно

невозможности воплощения концепции «единого объекта» «исходя из современных экономических и правовых реалий» (§ 2 раздела II) и предложен для реализации принцип «единой судьбы» (§ 3 раздела II). Эти идеи поддержаны и Концепцией 2009 г., в которой было специально отмечено, что модель единого объекта недвижимости в виде исключения может быть реализована лишь «при совпадении в одном лице собственника земельного участка и собственника находящегося на нем недвижимого имущества» (п. 3.6.3).

В Проекте № 47538–6 решение вопроса о правовой связи земельного участка и расположенных на нем зданий и сооружений осуществлялось путем использования режима единой правовой судьбы и закрепления правила следования. В Главе 19.2 «Право собственности на земельные участки и иные природные объекты» предложено правило о том, что отчуждение земельного участка не допускается без одновременного отчуждения находящихся на нем зданий или сооружений (п. 4 ст. ст. 287). В Главе 19.3 «Право собственности на здания и сооружения» установлено, что отчуждение здания или сооружения не допускается без одновременного отчуждения этого земельного участка (п. 3 ст. 297). Таким образом, по сути, воспроизводились существующие подходы со всеми их недостатками: акцентом на решении вопроса о главенстве между двумя вещами при объявлении в качестве главных одновременно и земельного участка, и прочно связанной с ним иной недвижимости; ограничением сферы действия соответствующих правил только одним из способов распоряжения и перехода права собственности — отчуждения.

Ввиду отсутствия реформирования вещного законодательства, нормы которого в соответствии с Проектом № 47538–6 должны были решить рассматриваемую проблему, заявленная в Концепциях идея единства правовой судьбы земельного участка с расположенными на нем и прочно с ним связанными объектами недвижимости (зданиями, сооружениями, объектами незавершенного строительства и т. п.) получила некоторое свое развитие лишь в нормах Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости», определяющих особенности государственной регистрации права на вновь созданные объекты недвижимости. В ст. 40 указанного закона предусматривается, что для государственной регистрации

²³ См.: СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

²⁴ См.: СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

права собственности на здание, сооружение, объект незавершенного строительства необходимо наличие у заявителя права на земельный участок, на котором данные объекты расположены. Закон упоминает, в числе прочего, такие виды срочных прав на земельный участок, как право аренды, безвозмездного пользования, если участок предоставлен для целей строительства и при этом на момент ввода в эксплуатацию вновь созданных объектов недвижимости срок действия соответствующих договоров не истек. В числе необходимых для государственного кадастрового учета и государственной регистрации прав на созданные здание или сооружение заявляются такие документы, как разрешение на ввод соответствующего объекта недвижимости в эксплуатацию и правоустанавливающий документ на земельный участок, на котором расположен такой объект недвижимости.

Решение вопроса соотношения правовых режимов объектов в рамках гражданских отношений (присвоения и оборота), как представляется, должно осуществляться в нормах гражданского законодательства. В условиях существования земельного участка и прочно связанных с ним зданий, сооружений, объектов незавершенного строительства в качестве самостоятельных и отдельных объектов недвижимости единым объектом они могут стать в двух случаях. Первый предполагает отказ от разнообразия объектов недвижимости и переход к императивному признанию земельного участка в качестве единственного объекта недвижимости, а всего, что с ним прочно связано (в том числе зданий, сооружений, объектов незавершенного строительства), — составными частями земельного участка. Воплощение этой немецкой модели недвижимости в российских условиях сохраняющегося разрыва между субъектами права собственности на земельный участок и субъектами права собственности на прочно связанные с ним постройки в ближайшей исторической перспективе выглядит утопично. Второй, более мягкий вариант закрепления их единства заключается в предоставлении правообладателю диспозитивной возможности формировать совокупность земельного участка с расположенными на нем зданиями, сооружениями, объектами незавершенного строительства в качестве самостоятельного и неделимого объекта недвижимости. Вариантом такого объекта мог бы стать представленный в обновленном гражданском законодательстве

единый недвижимый комплекс (ст. 133.1 ГК РФ): он отнесен законом к недвижимому имуществу, к нему применяются правила о неделимых вещах, т. е. объекты, его образующие, выступают в гражданских правоотношениях «как одна вещь», формируется по инициативе правообладателя посредством обращения за государственной регистрацией права собственности на совокупность объектов «в целом как на одну недвижимую вещь». Вопрос возникает в отношении состава этого комплекса, его созвучия рассматриваемой связки земельного участка и постройки на нем. В соответствии с положениями ст. 131.1 ГК РФ единый недвижимый комплекс образует «совокупность объединенных единым назначением зданий, сооружений и иных вещей, ... в том числе линейных объектов (железные дороги, линии электропередачи, трубопроводы и другие)». Таким образом, единый недвижимый комплекс представлен в качестве совокупности зданий, сооружений, прочно связанных с землей, а не совокупности земельного участка и того, что с ним прочно связано. В составе единого недвижимого комплекса земельный участок прямо не указан, что приводит к выводу о том, что он исключен из данной совокупности²⁵. А значит, избранный законодателем подход к составу единого имущественного комплекса оставляет нерешенным вопрос о соотношении правового режима вновь созданных объектов недвижимости и земельного участка, на котором они расположены. Указанный в литературе второй вид единого недвижимого комплекса — совокупности «земельного участка и расположенных на нем зданий и сооружений»²⁶ является скорее отражением ожидаемых в этом вопросе законодательных новаций²⁷, чем действующей редакции ст. 133.1 ГК РФ, с чем и соглашается автор приведенного суждения: «Чтобы разглядеть это в положениях ст. 133.1 Кодекса, конечно же надо знать о проекте изменений

²⁵ См. Письмо Минэкономразвития от 24.03.2014 № Д23и-900 «О направлении копии ответа» // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ Бевзенко П. С. Земельный участок с постройками на нем // Вестник гражданского права. 2017. № 1, 2.

²⁷ См.: Проект Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования гражданского оборота недвижимости и создания режима единого объекта недвижимости», разработанный Минэкономразвития РФ. ID проекта 02/04/02-17/00062515. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=62515>

в ст. 130 ГК РФ, которые до настоящего времени так и не приняты Государственной Думой. При отсутствии понимания того, что такое классический единый объект недвижимости, и того, что в классической юриспруденции здание рассматривается как составная часть земельного участка, вывести из положения ст. 133.1 ГК РФ идею единого объекта довольно непросто»²⁸.

Таким образом, представленные варианты решения вопроса оптимизации правового режима земельного участка с расположенными на нем зданиями, сооружениями, объектами незавершенного строительства отличаются каждый своими недостатками: режим главной вещи и принадлежности требует определить главенствующую (преобладающую) и вспомогательную (следующую за ней) вещь, а режим единого недвижимого комплекса не адресован указанной предметной области. Не способны выполнить эту задачу и режимы сложной вещи (ст. 134 ГК РФ) и имущественного комплекса — предприятия (ст. 132 ГК РФ): в отношении сложных вещей закон не устанавливает принадлежности указанной совокупности к объектам недвижимости; имущественный комплекс (предприятие) хотя и отнесен законом к недвижимому имуществу, но его режим существенно ограничен назначением совокупности объектов — использование для осуществления предпринимательской деятельности.

Для полноты правового регулирования необходимо либо дополнить имеющиеся в законе совокупности недвижимым имущественным комплексом, состоящим из земельного участка с расположенным на нем и прочно связанным с ним зданием, сооружением, объектом незавершенного строительства, либо распространить на указанную совокупность уже существующий режим единого имущественного комплекса.

В целях обеспечения интересов участников гражданского оборота следовало бы закрепить соответствующее правило в виде общего положения, а не в разделах об отдельных типах договоров или особенностях регулирования вещных прав на отдельные объекты, и распространить его действие на все случаи совершения сделок по поводу указанных объектов. Местоположение этой нормы в структуре

²⁸ Бевзенко Р. С. Указ. соч.

Гражданского кодекса должно определяться исходя из ее назначения: соответствующее правило должно присутствовать в нормах об объектах гражданских прав, а именно — в главе 6 «Общие положения».

Во-вторых, обе Концепции заявляли о необходимости определения правового режима таких связанных между собой объектов, как здания с находящимися в них помещениями. Для них предлагался режим самостоятельных и взаимоисключающих объектов недвижимости: «Признание помещений в здании самостоятельными в обороте недвижимыми вещами необходимо означает одновременное отрицание существования здания в качестве объекта недвижимости» с установлением «для собственников отдельных помещений режима общей долевой собственности в отношении общего имущества в здании» (§ 3 раздела III Концепции 2003 г.), «собственник помещения не может быть одновременно собственником здания, в котором оно находится (здание в этом случае является исключительно объектом технического учета). Право собственности на здание автоматически прекращается с момента первой государственной регистрации права собственности на помещение в нем» (п. 3.8.2 Концепции 2009 г.).

Идеи Концепций получили свое выражение в нормах Главы 19 «Право собственности на помещения» Проекта № 47538–6, а некоторые проявления взаимоисключающего режима здания и помещений были реализованы в Федеральном законе от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»: «При прекращении права на здание, сооружение, зарегистрированного в Едином государственном реестре недвижимости, государственная регистрация права в отношении всех помещений, машино-мест в таких здании, сооружении должна быть осуществлена одновременно, при этом такие здание, сооружение с государственного кадастрового учета не снимаются» (п. 5 ст. 41). Описан и противоположный случай, когда все помещения и машино-места в здании, сооружении оказались в собственности одного лица: «Такое лицо вправе обратиться с заявлением о прекращении права собственности на все помещения и машино-места с одновременной государственной регистрацией права собственности на такие здания, сооружения» (п. 6 ст. 41).

Таким образом, положение дел в сфере определения объектов недвижимости нельзя считать удовлетворительным, а вопрос

реформирования законодательства — решенным. В действующем, обновленном, законодательстве о недвижимости реализованы основные идеи реформирования системы объектов недвижимости, сформулированные Концепциями 2003 и 2009 г., Проектом № 47538–6, хотя и не полностью и не идентично. Сохраняются пробелы, восполнить которые пока не удалось. Существует необходимость определения понятий и признаков объектов недвижимости в нормах ГК РФ об объектах гражданских прав, которые воспринимают указанные объекты не с позиции технического регулирования, организации градостроительной деятельности, а с точки зрения их принадлежности к объектам недвижимости. Там же посредством легализации новой разновидности недвижимого имущественного комплекса может быть решен вопрос о соотношении правовых режимов земельных участков с расположенным на нем зданием, сооружением, объектом незавершенного строительства. В нормах гражданского законодательства о вещных правах необходимо системное и полное решение вопроса о соотношении правовых режимов таких связанных между собой вещей, как здания и помещения (машино-места) в нем (легальное закрепление их как самостоятельных и взаимоисключающих объектов недвижимости).

ЧАСТНЫЕ СЕРВИТУТЫ НА ЗЕМЕЛЬНЫЕ УЧАСТКИ ДЛЯ ВОЗВЕДЕНИЯ ЗДАНИЙ, СООРУЖЕНИЙ И ИХ ЭКСПЛУАТАЦИИ: РЕАЛЬНОЕ И ПЕРСПЕКТИВНОЕ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

I. Частный сервитут на земельные участки и строительство, эксплуатация недвижимости: постановка проблемы

Современное законодательство допускает строительство владельцем как вещного, так и обязательственного права на земельный участок¹ с приобретением права собственности на построенный объект недвижимости.

Прежде всего, отсутствие у собственника объекта недвижимости права собственности на земельный участок обусловлено длительным существованием в нашей стране монополии государства на землю. Кроме того, принятое в 90-х годах законодательство (земельное, законодательство о приватизации) допускало раздельное приобретение прав на земельный участок и расположенное на нем здание, сооружение, так же как и приватизацию недвижимости, расположенной на публичном земельном участке, без отчуждения прав на него. Отсюда множество конфликтов, судебных споров о правовых основаниях, порядке использования собственником недвижимости соответствующего земельного участка. Действующее сегодня приватизационное и земельное законодательство устанавливает общее

* Болтанова Елена Сергеевна — доктор юридических наук, заведующий кафедрой гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (Томск).

¹ Юридическая связь «земельный участок — здание, сооружение» имеет значение для определения места возведенного объекта в таком суммативном (линейном) уровне недвижимости, как «законная постройка — самовольная постройка», поскольку отсутствие у лица, осуществившего строительство, прав на земельный участок свидетельствует о возведении самовольной постройки (см. ст. 222 ГК РФ).

правило о приобретении зданий и сооружений, а также объектов, строительство которых не завершено и которые признаны самостоятельными объектами недвижимости, одновременно с отчуждением лицу, приобретающему такое имущество, земельных участков, если иное не предусмотрено федеральным законом (см. п. 1 ст. 28 Федерального закона от 21.12.2001 № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»). Но, тем не менее, историческое прошлое еще долго будет «питать» судебную практику соответствующими спорами.

Наиболее остро стоит вопрос о праве пользования частью чужого земельного участка, на котором расположено недвижимое имущество, собственником этой недвижимости. В Земельном кодексе РФ содержится общая норма, которая закрепляет, что при переходе права собственности на здание, сооружение, находящиеся на чужом земельном участке, к другому лицу оно приобретает право на использование соответствующей части земельного участка, занятой зданием, сооружением и необходимой для их использования, на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний их собственник (п. 1 ст. 35 ЗК РФ).

В части отношений купли-продажи в Гражданском кодексе РФ так же содержатся положения, аналогичные земельно-правовым: при продаже недвижимости, находящейся на земельном участке, не принадлежащем продавцу на праве собственности, покупатель приобретает право пользования соответствующим земельным участком на тех же условиях, что и продавец недвижимости (п. 3 ст. 552 ГК РФ). Более того, до 2007 года в ГК РФ содержалась статья 553, которая предусматривала, что если условия пользования соответствующей частью земельного участка договором его продажи не определены, продавец сохраняет право ограниченного пользования (сервитут) той частью земельного участка, которая занята недвижимостью и необходима для ее использования в соответствии с ее назначением. Но, например, ФАС указала на ошибочное применение нижестоящими инстанциями судов ст. 553 ГК РФ в отношении застроенного земельного участка, посчитав, что право пользования частью чужого земельного участка, на котором расположены объекты недвижимости, принадлежащие не собственнику земельного участка, *не является сервитутом*

*и «по своей правовой природе ближе к праву аренды»*². Суд свои выводы основывал на содержании п. 1 ст. 274 ГК РФ, подчеркнув, что целью установления сервитута является обеспечение нужд собственника недвижимости, в частности прохода и проезда, обеспечения водоснабжения и мелиорации, прокладки связи и трубопроводов.

На самом деле статья 274 ГК РФ сформулирована не столь узко и не содержит исчерпывающего перечня нужд собственника, которые могут быть обеспечены через установление сервитута. Безусловно, в ситуации наличия разных собственников у земельного участка и расположенного на нем здания, сооружения наиболее общим теоретическим обоснованным правом на земельный участок является право аренды. Но нельзя забывать, что одним из базовых принципов гражданского законодательства является принцип свободы договора, и понуждение к его заключению возможно, только если обязанность заключить договор предусмотрена федеральным законом или добровольно принятым обязательством (ст. 421 ГК РФ). Соответственно, как представляется, суды в указанном выше случае, сделав теоретически правильный вывод о том, что наиболее соответствует сложившимся отношениям право аренды, не решили практическую проблему принудительного обеспечения интересов собственника земельного участка при нежелании правообладателя недвижимости добровольно и на договорных началах оформить фактически сложившееся и объективно существующее у него землепользование (или наоборот). Иными словами, спор не был разрешен, и точка в нем поставлена не была. Кстати отметить, ВАС РФ поддержал ФАС СЗО в принятом решении³.

Действительно, по своей правовой природе сервитут не предполагает лишения собственника обременяемого земельного участка возможности владеть и пользоваться им, в том числе в более-менее значительной его части. Существующая на практике ситуация, когда собственника здания и собственника земельного участка связывает сервитут, — *неправовая*. Для обеспечения интересов собственников

² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.09.2007 по делу № А56-45639/2006; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.01.2008 по делу № А56-10215/2007.

³ Определение ВАС РФ от 30.06.2008 № 4962/08 по делу № А56-10215/2007.

недвижимости есть иные формы — договор аренды или договор безвозмездного пользования. Оба названных договора могут иметь своим предметом часть земельного участка (что принципиально в рассматриваемой ситуации), обеспечивают определенность и прозрачность взаимоотношений собственника здания и собственника земельного участка, позволяют формировать условия землепользования с позиции обоюдности интересов. Возможно, понимание этих очевидных гражданско-правовых постулатов послужило основанием для исключения ст. 553 из Гражданского кодекса РФ.

II. Частный сервитут на земельный участок и строительство, эксплуатация сооружений: состояние сегодня

В соответствии с п. 1 ст. 41 Земельного кодекса РФ лица, не являющиеся собственниками земельных участков, за исключением обладателей сервитутов, осуществляют права собственников земельных участков, в том числе в части права осуществлять строительство. Содержание права на застраиваемый земельный участок включает правомочие владения и правомочие пользования, хотя бы потому, что застройщик не только осуществляет в процессе строительства эксплуатацию земельного участка, но и должен обезопасить место строительства, а ограничение доступа на строительную площадку осуществляется путем возведения забора, что, как известно, составляет реализацию *правомочия владения*.

В то же время еще в римском праве действующие правила о сервитуте связывали его с правомочием пользования: сервитуты не могли состоять во владении, не были связаны с ним⁴. Исходя из классических представлений юристов сервитут правомочие владения не включает. Некоторые авторы, анализируя положения проекта изменений ГК РФ (ст. 301.1, 301.5)⁵, также приходят к выводу о том, что не только по действующему, но и по планируемому к принятию законодательству

⁴ См. подробнее: *Щенникова Л. В.* Сервитуты: история и современная судебно-арбитражная практика // Вестник Пермского ун-та. Юридические науки. 2009. № 2. С. 162.

⁵ О реформировании гражданского законодательства см. далее.

невозможно существование допускающего распоряжение и владение служащей вещью сервитута⁶.

Казалось бы, очевидно, что сервитуарий, обладающий правом ограниченного *пользования* земельным участком, не может строить объекты недвижимости на обремененном участке, но так ли это с позиции действующего законодательства? Хотя в юридической литературе высказывается мнение, что «по действующему законодательству при сервитуте никаких возможностей по строительству на чужом земельном участке не предусмотрено»⁷, согласиться с такой позицией нельзя.

Сначала отмечу, что в ранее действующем Градостроительном кодексе РФ (1998) содержалась специальная статья «Сервитуты в области градостроительства» (ст. 64). Данной статьей было, например, предусмотрено, что частные сервитуты в области градостроительства могут устанавливаться для обеспечения строительства, реконструкции, ремонта и эксплуатации зданий, строений и сооружений; строительства, реконструкции, ремонта и эксплуатации объектов инженерной и транспортной инфраструктур; проведения работ по инженерной подготовке территорий, работ по защите территорий от затопления и подтопления, устройству подпорных стен. В действующем законодательстве отсутствует общее положение, которое бы позволяло в целях строительства, реконструкции, ремонта различных объектов устанавливать сервитут на земельный участок.

С учетом характера землепользования и возводимой постройки законодатель сначала в нормативных правовых актах об автомобильных

⁶ *Слепенюк Ю. Н.* Сервитутное право: основания возникновения и проблемы защиты. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 52. Далее автор, рассуждая о возможности установления сервитута в силу приобретательной давности, подчеркивает, что сервитут «предполагает лишь пользование чужой недвижимостью, но не владение» (С. 94, 108, 172, 215).

Есть и нетрадиционная для анализа сервитутных отношений позиция о том, что сервитуарий должен получить статус владельца, и субъект частного сервитута наделяется правом владения, пусть и в усеченной форме (*Коновалов А. В.* Владение и владельческая защита в гражданском праве. СПб., 2001. С. 66. Также см. *Копылов А. В.* Вещные права на землю. М., 2000. С. 72).

⁷ *Афанасьев И. В.* Сравнительно-правовой анализ сервитута и аренды как прав пользования чужой вещью // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2017. № 1 (44). С. 134.

дорогах⁸ определил случаи, когда правом, достаточным для возведения зданий, сооружений является сервитут. С 1 марта 2015 года вступили в силу изменения Земельного кодекса РФ, закрепившие возможность установления сервитута в отношении земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, для размещения линейных объектов, сооружений связи, специальных защитных сооружений, не препятствующих разрешенному использованию земельного участка (ст. 39.23).

Возможность строительства объектов дорожного сервиса (автозаправочных станций, автостанций, автовокзалов, гостиниц, кемпингов, мотелей, пунктов общественного питания, станций технического обслуживания и подобных объектов) обладателем сервитута продублирована в п. 10 ст. 23 ЗК РФ. Появление рассматриваемых норм о строительстве объектов дорожного сервиса обладателем частного сервитута можно объяснить желанием государства предложить решение проблемы, возникающей тогда, когда сам владелец автомобильной дороги (как правило — исполнительный орган государственной власти или местная администрация) не обладает достаточными материальными средствами для возведения объектов недвижимости, *необходимых* и предназначенных для обслуживания участников дорожного движения по пути следования. Поэтому и полномочия собственника земельных участков в границах полос отвода автомобильных дорог (за исключением частных автомобильных дорог) при заключении соглашений об установлении частных сервитутов осуществляют владельцы автомобильных дорог (см. п. 4.1 Федерального закона «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности»).

Наряду с правовым регулированием отношений в сфере автомобильных дорог и дорожной деятельности в «ситуационном законодательстве», имеющем временный характер и направленном на решение исключительно узких задач, появились нормы, обеспечивающие

⁸ Федеральный закон от 08.11.2007 № 257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ст. 25), Федеральный закон от 17.07.2009 № 145-ФЗ «О государственной компании «Российские автомобильные дороги» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ст. 38).

возможность на условиях сервитута возводить разнообразные линейные объекты, временные и вспомогательные сооружения. Речь идет о законодательстве о XXII Олимпийских зимних играх и XI Паралимпийских зимних играх 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горно-климатического курорта; о форуме «Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году и развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества; о Чемпионате мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года; об особых экономических зонах.

Если отойти от специальных норм, то в первоначальной редакции ст. 274 Гражданского кодекса РФ было закреплено, что сервитут может устанавливаться для обеспечения прохода и проезда через соседний земельный участок, прокладки и эксплуатации линий электропередачи, связи и трубопроводов, обеспечения водоснабжения и мелиорации, а также других нужд собственника недвижимого имущества, которые не могут быть обеспечены без установления сервитута. Теперь вслед за специальным законодательством в абз. 2 п. 1 ст. 274 ГК РФ закреплено, что сервитут может устанавливаться для обеспечения прохода и проезда через соседний земельный участок, строительства, реконструкции и (или) эксплуатации *линейных объектов*, не препятствующих использованию земельного участка в соответствии с разрешенным использованием, а также других нужд собственника недвижимого имущества, которые не могут быть обеспечены без установления сервитута⁹.

III. Частный сервитут на земельный участок и линейный объект

В России пока не находит должного правового регулирования размещение линейных объектов с учетом их особенностей¹⁰. По опыту

⁹ В Модельном законе об ограниченных вещных правах специально назван сервитут линейных объектов для создания и эксплуатации линейных объектов и связанных с ними (служащих для их эксплуатации) других сооружений коммунального и промышленного назначения (ст. 35 Модельного закона об ограниченных вещных правах (принят в г. Санкт-Петербурге 27.11.2015 Постановлением 43–9 на 43-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ)).

¹⁰ Можно сказать, что пока делаются только первые шаги в данном направлении.

зарубежных стран, в США, Англии, Австралии, Канаде, Германии, Швеции сервитут является одним из основных прав на землю, обеспечивающих нахождение на ней инженерных и транспортных коммуникаций: газопроводов, водопроводов и иных трубопроводов, линий связи, линий электропередачи и т. п., что обеспечивает их быстрое развитие, легкий доступ к земельным ресурсам¹¹. Для возведения линейных сооружений применяются так называемые административные сервитуты, устанавливаемые не договором или судебным решением, а административным актом. Подробное регулирование таких сервитутов осуществляется специальными законами¹².

В ЗК РФ (ст. 39.23) и ГК РФ (ст. 274) допускается установление сервитута для строительства, реконструкции и (или) эксплуатации линейных объектов. Линейные объекты могут быть как недвижимыми, так и движимыми (то есть отвечающими или не отвечающими признакам недвижимости, закрепленным в ст. 130 ГК РФ). С позиции значимости, длительности ограничения прав на земельные участки бóльший интерес представляет линейный объект как объект недвижимости, и именно о нем пойдет здесь речь.

Линейный объект не просто упоминается в законодательстве, но и с ним связан определенный правовой режим, устанавливаемый различными нормативными правовыми актами. Земельно-правовой особенностью линейных объектов является то, что они могут располагаться на нескольких земельных участках (образованных в установленном законом порядке), могут занимать землю безотносительно индивидуализации соответствующей части. В том числе и по этой причине вопросы строительства линейных сооружений на чужих

земельных участках (несобственниками) являются актуальными и на практике — болезненными.

В Лесном кодексе РФ линейные объекты определены как линии электропередач, линии связи, дороги, трубопроводы и другие линейные объекты, а также сооружения, являющиеся неотъемлемой технологической частью указанных объектов (ст. 21). В Водном кодексе РФ к линейным объектам относятся мосты, подводные переходы, трубопроводы и иные линейные объекты. В Градостроительном кодексе РФ (ГрК РФ) линейные объекты определены как линии электропередач, линии связи (в том числе линейно-кабельные сооружения), трубопроводы, автомобильные дороги, железнодорожные линии и другие подобные сооружения. Приведенное положение содержится в ст. 1 ГрК РФ «Основные понятия», но очевидно, что это не понятие, а только перечень (причем открытый) возможных линейных сооружений. Интересно, что в Земельном кодексе РФ даже нет общего перечисления линейных объектов¹³, хотя для их размещения предусмотрены в ЗК РФ специальные нормы (об образовании земельных участков, о предоставлении публичных земель, о сроках договора аренды).

Чаще всего линейные сооружения находятся под или над земной поверхностью, и их наличие, например, в стесненных условиях городской застройки объективно обусловлено. Характер застройки, протяженность расположения линейных сооружений (зачастую нахождение на значительном количестве земельных участков, имеющих различных собственников) определяют сложность оформления прав на земельные участки. Хотя наличие линейных объектов порождает определенные неудобства для собственника земельного участка, но в целом, согласно законодательным установлениям, они только не должны препятствовать разрешенному использованию такого земельного участка (абз. 2 ч. 1 ст. 274 ГК РФ)¹⁴. Например, такому критерию могут отвечать

¹¹ См.: Бочаров М. В., Королев Д. В. Оформление земельных отношений под объектами недропользования и линейными объектами: актуальные проблемы и перспективы законодательного регулирования // Правовые вопросы строительства. 2010. № 1. С. 19.

¹² Например, действует Закон Аргентины 1972 г. «Об административном сервитуте электроснабжения», Закон Испании 34/1998 «О регулировании отношений в углеводородном секторе», Декрет Испании 1434/2002 «О регулировании деятельности по транспортировке, распределению, снабжению и процедуре разрешения строительства сооружений по транспортировке природного газа». См. подробнее: Рыбалов А. О. Легальный сервитут в российском праве // Вестник гражданского права. 2010. № 5. С. 4–12.

¹³ Оговорюсь, что в п. 2 ст. 78 ЗК РФ перечисляются дороги, линии электропередачи, линии связи (в том числе линейно-кабельные сооружения), нефтепроводы, газопроводы и иные трубопроводы, но здесь можно только догадываться, что законодатель хотел особо выделить использование земель для строительства линейных объектов.

¹⁴ См., например, п. 8 Обзора судебной практики по делам об установлении сервитута на земельный участок (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.04.2017).

надземные кабели, подземные трубопроводы и линии связи. В то же время отдельные виды линейных сооружений, например железные и автомобильные дороги, трамвайные пути, скорее исключают возможность использования земельного участка в соответствии с разрешенным использованием, что предполагает необходимость получения иного права на земельный участок (собственность, аренда, безвозмездное пользование, постоянное (бессрочное) пользование).

В последние годы российское законодательство в определенной степени направлено на либерализацию правового регулирования предпринимательства, что выражается в стремлении государства снизить административные ограничения в осуществлении деятельности. Земельное законодательство также имеет такую тенденцию. В связи с этим с 2015 года в ЗК РФ появился новый институт — использование публичных земельных участков без предоставления и без установления сервитута. Применительно к теме статьи обращает внимание возможность использования земельных ресурсов без вещного или обязательственного права (в том числе без установления сервитутов) при размещении линейных сооружений, указанных в специальном перечне¹⁵. Но следует учесть, что этот перечень ограничен линиями и сооружениями, которые являются временными, вспомогательными или в соответствии с законом субъекта Российской Федерации не требуют выдачи разрешения на строительство.

Итак, какие признаки линейного объекта с учетом технических положений позволяет выделить наше законодательство?

1. Линейный объект (как объект недвижимости) представляет собой сооружение.

В литературе, как юридической, так и специальной, делаются попытки разграничения зданий и сооружений. Обычно различие между данными объектами недвижимости проводится в зависимости от их предназначения / непредназначенности для размещения людей¹⁶.

¹⁵ Перечень видов объектов, размещение которых может осуществляться на землях или земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, без предоставления земельных участков и установления сервитутов, утвержден Постановлением Правительства РФ от 03.12.2014 № 1300.

¹⁶ См., например, *Алексеев В. А.* Недвижимое имущество: правовой режим и государственная регистрация права. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

Существует также точка зрения, что разграничивать здания и сооружения нет нужды, поскольку оборот этих объектов, их правовой режим идентичен¹⁷. С принятием Федерального закона от 30.12.2009 № 384-ФЗ «Технический регламент о безопасности зданий и сооружений» в едином нормативном правовом акте появилось определение здания и сооружения. Юридически важно подчеркнуть, что здания, сооружения в формулировке названного закона — это «результат строительства» — объекты, введенные в эксплуатацию либо признанные государством в качестве законченных строительством объектов, когда разрешение на ввод в эксплуатацию не требуется. Названный закон закрепляет несколько критериев разграничения рассматриваемых объектов: вид, конструкция, состав строительной системы, назначение объекта.

2. Это сооружение, размеры которого в длину (его протяженность) значительно превышают его иные параметры. Этим признаком линейный объект отличается от площадного объекта. Протяженность линейных объектов сказывается на правовом режиме занимаемых ими земель, и в зависимости от конфигурации застроенных земель возможно выделение компактно-застроенных земель (под площадными объектами) и ленточно-застроенных земель (под линейными объектами).

Линейные сооружения могут располагаться более чем в одном кадастровом округе¹⁸, не иметь адреса, и тогда в ЕГРН указываются наименования всех субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, на территории которых расположен такой объект¹⁹.

3. Линейное сооружение имеет определенное целевое назначение: предназначено для выполнения производственных процессов различного вида, перемещения людей и грузов. Линейные объекты могут быть единичными вещами (например, подземный пешеходный переход), а могут состоять из элементов, представлять собой неделимую вещь и именно цель — тот системообразующий признак,

¹⁷ См. *Ерш А.* Здания и сооружения как предмет договора аренды // Вестник ВАС РФ. 2000. № 8. С. 96–101. Также см., например, *Белов В. А.* Гражданское право. Общая и особенная часть: Учебник. М.: ЮрИнфоР, 2003. С. 442.

¹⁸ См. Приказ Росреестра от 18.08.2016 № П/0390.

¹⁹ См. Приказ Минэкономразвития России от 16.12.2015 № 943; Приказ Минэкономразвития России от 20.06.2016 № 378.

который позволяет существовать с позиции права линейному сооружению как определенному объекту прав. Необходимость достижения определенной цели непосредственно связана с наличием между составляющими линейное сооружение объектами физической и (или) технологической связи. Такая связь упоминается и в ст. 133.1 ГК РФ применительно к единому недвижимому комплексу.

4. Соответственно, линейное сооружение не используется (и не предназначено) для проживания граждан или содержания животных.

К факультативным признакам линейного объекта можно отнести следующие.

1. Такие сооружения могут находиться на нескольких земельных участках, а также строиться с использованием недр, земной поверхности (в том числе водопокрытой, лесопокрытой) без образования земельного участка.

2. В состав линейного сооружения могут входить площадные объекты, связанные с линейным.

Линейный объект может включать недвижимые (опоры ЛЭП) и движимые вещи (электрический кабель). Например, линейно-кабельное сооружение связи, право на которое подлежит государственной регистрации, представляет собой совокупность разнородных недвижимых вещей, технологически образующих единое целое, соединенных являющимся движимым имуществом физическими цепями (кабелями), имеющих одновременно следующие признаки: наличие функциональной и технологической взаимосвязанности; предназначение их для использования по общему целевому назначению для размещения кабеля связи; наличие протяженности (длины). Линейно-кабельное сооружение связи, имеющее указанные признаки, может регистрироваться как одна сложная вещь²⁰.

3. Линейный объект может располагаться на территории различных административных единиц (муниципальных образований и даже субъектов РФ)²¹.

²⁰ См. Постановление Правительства РФ от 11.02.2005 № 68 «Об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи».

²¹ См., например, Приказ Росреестра от 18.08.2016 № П/0390.

Итак, *линейные сооружения* — линейно-протяженная правомерно возведенная строительная система — сооружение, предназначенное для выполнения производственных процессов различного вида, перемещения людей и грузов.

В зависимости от расположения рукотворного объекта недвижимости относительно земной поверхности и его основного назначения линейные сооружения могут быть надземными, наземными, подземными и объектами смешанного типа. Надземными объектами являются эстакады, теплотрассы и подобные сооружения, расположенные на некоторой (порой значительной) высоте от земной поверхности; наземные объекты составляют различного рода автомобильные и железные дороги и иные сооружения, находящиеся непосредственно на земной поверхности; подземные объекты располагаются ниже земной поверхности (в том числе занятой водным объектом) — это тоннели, метрополитены, газопроводы, объекты инженерных коммуникаций и иные. Объекты смешанного типа представлены чаще всего вещами, объединяющими разнородные недвижимые вещи, предполагающие использование их по общему назначению (например, единый недвижимый комплекс). Так, к магистральным нефтепроводам относятся трубопроводы с комплексом подземных, наземных и надземных сооружений, предназначенных для транспортирования товарной нефти на расстояние более 50 км.²²

Подземные сооружения находятся ниже дневной поверхности земли. Подземными сооружениями именуются создаваемые в массивах горных пород для определенных целей объекты²³. Необходимо обратить внимание на содержание п. 8 ст. 90 ЗК РФ, где закреплено, что «на земельные участки, где размещены подземные объекты трубопроводного транспорта, относящиеся к линейным объектам, оформление прав собственников объектов трубопроводного транспорта в порядке, установленном ЗК РФ, не требуется. У собственников земельных участков возникают ограничения прав в связи с установлением

²² Правила технической эксплуатации магистральных нефтепроводов. РД 39–30–114–78, утв. Миннефтепромом СССР 14.12.1978.

²³ Так, Д. С. Конюхов относит к подземным такие сооружения, главные части которых по эксплуатационным соображениям расположены под землей (Конюхов Д. С. Использование подземного пространства. М.: Архитектура-С, 2004. С. 74).

охранных зон таких объектов». Как подчеркнул Пятнадцатый апелляционный суд, «нахождение подземных инженерных коммуникаций на земельных участках не порождает каких-либо вещных прав в отношении данных земельных участков у собственников инженерных коммуникаций по смыслу п. 6 ст. 90 ЗК РФ. Земельные участки могут предоставляться только для эксплуатации наземных объектов трубопроводного транспорта»²⁴.

Ю. Н. Слепенко высказывает мнение о том, что к линейным объектам нельзя применять правила о сервитутах, обосновывая это тем, что: 1) сервитуты (сервитутное право) относят к категории «соседского права», которое определяет отношения между собственниками смежных городских зданий и земельных участков; 2) линейные сервитуты призваны обслуживать интересы многих лиц, они устанавливаются публичным способом и из публичных интересов; 3) наиболее распространенное основание для возникновения сервитута — договор. Но для возникновения сервитутных правоотношений на всем протяжении сетей необходимо преодолеть сопротивление всех собственников. Это практически невозможно, что наталкивает на предположение о нереальности установления сервитута при использовании линейных (сетевых) сооружений²⁵.

Этим соображениям могут быть противопоставлены следующие контрдоводы. 1) Не рассматривая здесь вопрос о соотношении соседских прав и сервитутных, можно отметить, что, например, такие традиционные сервитутные отношения, как прогон скота или проход к источнику водоснабжения, как известно, могут и нередко обременяют несколько земельных участков, и не только соседние, имеющие

общую межу с земельным участком сервитуария. Тем не менее правовая природа этих сервитутов передвижения не вызывает сомнения. 2) В большинстве случаев линейные объекты, такие как газопроводы, трубопроводы, линии электропередач и некоторые другие принадлежат частным лицам и только в силу социальной, общественной значимости, монополистического характера соответствующего вида деятельности отношения *по их эксплуатации* находятся под особым контролем государства и подвергаются специальному правовому регулированию. Поскольку владельцем таких объектов являются частные лица, то государство и не может устанавливать для них особые преференции в принудительности ограничения частных земельных участков. Иными словами, государство с учетом общего принципа невмешательства в частные дела не должно устанавливать в законе очевидный приоритет законных интересов владельцев частных линейных объектов (пусть и эксплуатация которых имеет общественное значение) перед законными интересами собственника частного земельного участка. 3) Как показывает в том числе и судебная практика, действительно сопротивление встречается, но при наличии условий для установления сервитута (необходимость и возможность строительства линейного объекта в конкретном месте только с использованием сервитута, наименьшее обременение служащего земельного участка) суды принимают решения об ограничении прав собственников земельных участков, используя частноправовой способ защиты.

IV. Частный сервитут на земельный участок и строительство: завтра

Как известно, в настоящее время происходит широкомасштабное реформирование гражданского законодательства, в том числе с учетом положений одобренной Президентом РФ Концепции. В части вещных прав законопроект²⁶ был подготовлен ко второму чтению,

²⁴ Постановление Пятнадцатого апелляционного суда от 14.06.2017 № 15АП-6875/2017.

Минэкономразвития России также обратил внимание регистраторов, что если из проектной документации, заключений органов, уполномоченных выдавать разрешение на строительство и ввод объектов в эксплуатацию, следует, что сооружение представляет собой совокупность наземных и подземных элементов, то представление на государственную регистрацию прав на такие объекты недвижимости правоустанавливающих документов на земельные участки, под поверхностью которых размещаются подземные части такого сооружения, не требуется (Письмо Минэкономразвития России от 04.03.2016 № 6013-ПК/Д23и).

²⁵ Слепенко Ю. Н. Указ. соч. С. 46–47, 53.

²⁶ В соответствии с Постановлением Государственной Думы от 16.11.2012 № 1150–6 ГД «О порядке рассмотрения проекта 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 связи со значительным количеством поправок к данному законо-

но в отличие от иных частей проекта его судьба так и остается в подвешенном состоянии.

Законопроектом предлагается в числе общих основных положений закрепить, что служащая вещь может быть обременена правом ограниченного пользования уполномоченного лица, если господствующая вещь не может без установления сервитута использоваться по назначению; сервитут может быть установлен по требованию собственника, лица, имеющего ограниченное вещное право, включающего правомочия владения и пользования господствующей или служащей вещью. К новшеству, предлагаемому к введению в ГК РФ, относится закрытый перечень видов сервитутов. Иными федеральными законами будет устанавливаться только объем предоставляемых прав (п. 5 ст. 301 ГК РФ в редакции законопроекта²⁷).

В параграфе 2 гл. 20.2 проекта изменений ГК называются сервитуты перемещения, строительные сервитуты, сервитуты мелиорации, горные и коммунальные сервитуты. Из приведенного перечня сервитутов ограниченное пользование земельным участком для строительства и последующей эксплуатации объектов недвижимости может возникать в виде любой из названной разновидности сервитута, кроме, как ни странно, *строительного сервитута*. Строительный сервитут устанавливается на период строительства и для обслуживания, обеспечения деятельности по возведению зданий, сооружений. По замыслу разработчиков законопроекта такой сервитут включает сервитут стройки и сервитут опоры. Сервитут стройки допускает в целях проведения работ временное размещение в границах земельного участка или другой служащей вещи строительных лесов, строительных машин и механизмов, подкрановых путей, иного необходимого оборудования, производство земляных работ в целях доступа к подземной части здания или сооружения, являющегося господствующей вещью, с последующим восстановлением служащей вещи. Сервитут опоры, как правило, обременяет здание или сооружение и устанавливается

при использовании здания или сооружения, расположенного в границах земельного участка или другой служащей вещи, для опоры конструкций здания или сооружения, в том числе возводимого или реконструируемого, в границах господствующей вещи.

Такая конструкция строительного сервитута не является новой²⁸. Как указывал В. В. Ефимов, еще в римском праве городские сервитуты включали в себя так называемые строительные, которые были вызваны нуждами стройки зданий и представляли собой следующие разновидности: 1) укрепление конца балки в стене соседа; 2) установление опоры на стену или колонну соседа для укрепления здания с одновременной обязанностью собственника служащей вещи (выступающей подпоркой) производить ее ремонт; 3) вытягивание крыши в пространство соседа; 4) устройство балкона на соседний участок²⁹.

Сервитут перемещения может предусматривать право проезда и с этой точки зрения использоваться для возведения соответствующих сооружений — дорог³⁰. Соглашение о сервитуте перемещения может содержать обязательные для собственника господствующей вещи

²⁸ Подобные приведенным выше нормам содержит и статья 32 Модельного закона об ограниченных вещных правах.

²⁹ См.: Ефимов В. В. Догма римского права. Общая часть. Т. 1. М.: Книга по требованию, 2011. С. 102–103.

³⁰ Вопрос о правовой природе дороги спорный как в юридической литературе, так и в судебной практике. Так, Арбитражный суд Волго-Вятского округа указал, что в связи с тем, что покрытие (замощение) из бетона, асфальта, щебня и других твердых материалов призвано обеспечивать чистую, ровную и твердую поверхность, улучшать полезные свойства земельного участка, на котором оно находится, такое покрытие (замощение) следует рассматривать как элемент благоустройства земельного участка (Постановление от 21.03.2016 г. № Ф01-723/2016). Пленум ВС РФ в постановлении от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» отметил, что, если объект выполняет исключительно вспомогательные функции, он не может быть признан недвижимостью. Так, замощение земельного участка, не отвечающее признакам сооружения, является его частью и не может быть признано самостоятельной недвижимой вещью (п. 38).

С учетом преобладающей сегодня позиции судов в ст. 301.6 проекта ГК определено: «Сервитут проезда позволяет улучшать земельный участок для обеспечения нормальных условий эксплуатации транспортных средств», т. е. сооружаемая дорога рассматривается не как самостоятельный объект, а как улучшение земельного участка. Между тем, как представляется, дорога с позиции вещь / улучшение может иметь разную правовую природу в зависимости от ее назначения, используемых материалов, технологии создания.

проекту был определен особый порядок его рассмотрения в качестве самостоятельных законопроектов. В части вещных прав это законопроект № 47538–6/5.

²⁷ Далее «проект ГК» используется для обозначения Гражданского кодекса РФ в предлагаемой законопроектном № 47538–6/5 редакции, подготовленной ко второму чтению.

ограничения по высоте, ширине, характеру покрытия, предельно допустимой нагрузке на существующие или создаваемые сооружения, используемые для осуществления сервитута.

Как уже отмечалось выше, ранее действующая редакция ч. 1 ст. 274 ГК РФ специально указывала возможность установления сервитута для обеспечения мелиорации. В действующей редакции ГК РФ указание на мелиорацию исключено. В проекте ГК РФ *сервитут мелиорации* поименован в качестве самостоятельного и допускается при необходимости осушения или обводнения земельного участка³¹, в том числе путем строительства наземных, надземных или подземных сооружений, их эксплуатации, текущего и капитального ремонта (см. ст. 301.8 ГК РФ).

Мелиоративные сооружения на практике и в юридической литературе часто рассматриваются не как самостоятельные объекты недвижимости, а как определенные улучшения земельных участков, во всяком случае тогда, когда такие сооружения не имеют самостоятельного функционального назначения³². Создание прецедентов на уровне высшего суда³³ вызывает опасения, что такие решения

³¹ Термин «сервитут мелиорации» в проекте ГК — недостаточно точный. Во-первых, исходя из назначения сервитута, можно сделать вывод, что законодатель имеет в виду сервитут мелиорации именно земель. Дело в том, что видов мелиорации (в зависимости от объекта) очень много (мелиорация озер, рек, песков, климата и пр.). Во-вторых, в первом чтении законопроекта назывались сервитуты только для обеспечения эксплуатации земель с неблагоприятным водным режимом, хотя мелиорация земель — более широкая категория и не ограничивается мероприятиями гидромелиорации (путем подвода или отвода воды), а включает и иные мероприятия по коренному улучшению состояния земель (агротехнические, культуртехнические, агролесомелиоративные, противозерозийные, химические и др.). Поэтому правильно, что во втором чтении перечень возможных действий при осуществлении сервитута мелиорации уже стал открытым. Хотя содержание ст. 301.8 проекта ГК осталось ориентировано только на гидромелиорацию. Кстати, возведение сооружений наиболее свойственно гидротехнической мелиорации.

³² Нельзя не заметить, что такой признак недвижимости, как самостоятельное функциональное назначение, — результат судебной деятельности. Множественные решения, в том числе на уровне высших судебных инстанций, привели к тому, что сегодня при наличии споров в судах о природе вещи этот признак оценивается наряду с законодательно установленными в ст. 130 ГК РФ.

³³ См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 11.06.2013 № 294/13; Определение ВАС РФ от 11.11.2013 № ВАС-15306/13; п. 6 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 2 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.07.2016), Опре-

практика воспримет как руководство к действию без достаточной оценки доказательств, материалов дела, сложившихся правоотношений. Не будет учитываться, что возможно создание мелиоративной системы как сложного недвижимого объекта, как единого недвижимого комплекса, к мелиоративным также относятся и отдельные гидротехнические сооружения (недвижимое имущество), если их целью является коренное улучшение земель. В связи с этим особое внимание необходимо обратить на то, что согласно правовой позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенной в постановлении от 17.01.2012 № 4777/08, мелиоративные системы признаны неотъемлемой частью земельного участка, поскольку они не имеют самостоятельного функционального назначения, созданы исключительно в целях улучшения качества земель и обслуживают только земельный участок, на котором они расположены. При возведении мелиоративного объекта с использованием сервитута последний признак отсутствует, а значит, есть надежда на более пристальную правовую оценку возведенного на участке объекта.

Горный сервитут отличается от всех прочих прежде всего тем, что господствующий объект — исключительно участок недр, и целью его установления является геологическое изучение недр, разведка или добыча полезных ископаемых³⁴. Предлагаемое правовое регулирование горного сервитута прямо предусматривает возможность создания недвижимости на служащем земельном участке с возникновением у сервитутария права собственности на объект.

Рассматривая целевое назначение горного сервитута, возникает ощущение, что законодатель или весьма осторожно пытается ввести достаточно новую правовую конструкцию либо допускает уже традиционную ошибку с правовым регулированием недропользования. Недр используются не только для видов деятельности, связанных с полезными ископаемыми. Если посмотреть под «углом темы исследования», то Закон РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах» разграничивает

деление Верховного Суда РФ от 07.04.2016 № 308-ЭС15-15218 (Судебная коллегия по экономическим спорам).

³⁴ Можно отметить, что в первом варианте законопроекта была указана только одна цель — добыча полезных ископаемых (кроме общераспространенных).

такие виды деятельности, как добыча полезных ископаемых и строительство, эксплуатация подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых. Такие объекты являются «вертикально интегрированными». Соответственно подземные сооружения, возводимые в том числе с использованием сервитута, могут быть разделены на подземные сооружения, связанные с добычей полезных ископаемых, и подземные сооружения, не связанные с добычей полезных ископаемых. Добыча полезных ископаемых охватывает комплекс работ, связанных с извлечением полезных ископаемых, а также по использованию отходов горнодобывающего и связанных с ним перерабатывающих производств. Подземные сооружения, обеспечивающие эти процессы, являются связанными с добычей полезных ископаемых (например, насосные станции, сооружения буровых скважин). Подземные сооружения, функциональное назначение которых не направлено на извлечение полезных ископаемых, составляют вторую группу сооружений (подземные автостоянки, тоннели, линии метро, подземные переходы и иные). При этом и те и другие являются сооружениями, связанными с использованием недрами.

Закон о недрах не содержит понятия или хотя бы перечня подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых, да и в основном ориентирован на правовое регулирование геологического изучения недр, разведки или добычи полезных ископаемых³⁵. С принятием предложенного проекта ГК (в части горного сервитута) будет допущена та же ошибка: вне правового регулирования останутся отношения по использованию земельного участка для создания и размещения сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых. Кроме того, не учитывается и возможность использования недр в социально-оздоровительном, культурном, природоохранном и ином назначении. Более того, в настоящее время есть достаточно большое количество ликвидированных подземных объектов, которые требуют наблюдения, и для доступа к ним с целью контроля их

³⁵ О проблемах правового регулирования использования недр для строительства см. подробнее: Болтанова Е. С. Правовое регулирование строительства подземных сооружений с использованием участков недр местного значения // Хозяйство и право 2013. № 2. С. 116–120.

состояния, а при необходимости — проведения профилактических, поддерживающих работ возможно было бы установление горного сервитута. С учетом изложенного предлагаемая редакция ст. 301.9 ГК РФ не позволяет учесть специфику недропользования ни с точки зрения цели сервитута (ограничиваясь только добычей полезных ископаемых и связанной с ней деятельностью)³⁶, ни с позиции господствующего объекта (участок недр).

И наконец, предполагается введение *коммунального сервитута*, цель установления которого — создание, размещение, эксплуатация, ремонт и реконструкция объектов коммунального назначения (ст. 301.10 проекта ГК). Такая формулировка порождает вопрос о том, что же это за объекты.

Ни в одном нормативном правовом акте не содержится понятие коммунального объекта. Более того, законодатель обычно использует иные термины: «коммунальные объекты и сети», «производственно-коммунальные объекты», «объекты инженерно-коммунальных инфраструктур», часто — «жилищно-коммунальные объекты»; встречается упоминание «коммунальных объектов» наряду с «инженерной, транспортной, социальной инфраструктурой»³⁷. При подготовке законопроекта ко второму чтению в предлагаемой статье появилось перечисление коммунальных объектов: водопроводы, газопроводы, нефтепроводы, линии электропередачи, сети и иные сооружения связи, а также другие линейные объекты. Иными словами, коммунальный

³⁶ В определенной степени острота вопроса будет снижена за счет коммунальных сервитутов, позволяющих размещать линейные подземные объекты.

³⁷ Удалось встретить только в методических указаниях Главного государственного санитарного врача РФ закрытый перечень коммунальных объектов. Это: канализационные очистные сооружения; иловые площадки; места сброса сточных вод в поверхностные водные объекты; поверхностные стоки; полигоны твердых бытовых и медицинских отходов; поля компостирования; системы сбора, хранения и транспортирования твердых бытовых и медицинских отходов; сливные станции; туалеты (общественные и домовладений); бани; парикмахерские (п. 2.1.3 МУ 3.2.1756–03. 3.2. Профилактика паразитарных болезней. Эпидемиологический надзор за паразитарными болезнями. Методические указания, утв. Главным государственным санитарным врачом РФ 28.03.2003). Но явно не эти объекты имелись в виду разработчиками проекта изменений ГК, да и место методических указаний Главного санитарного врача в системе правил не позволяет использовать эти указания для толкования ст. 301.10 ГК РФ.

сервитут будет устанавливаться исключительно для линейных объектов. Но на самом деле не все линейные сооружения, даже перечисленные в ст. 301.10 проекта ГК, являются коммунальными объектами. Например, при оформлении технического плана, декларации на объект недвижимости должно указываться назначение сооружения с учетом, в частности, следующих существующих групп (подгрупп) видов назначения сооружений³⁸:

- сооружения топливно-энергетического, металлургического, химического или нефтехимического производства, в том числе сооружения электроэнергетики, топливной промышленности, сооружения газохимического комплекса;
- сооружения транспорта и связи, в том числе: сооружения железнодорожного, водного, дорожного, городского электрического, воздушного, трубопроводного транспорта, линии метрополитена; сооружения связи;
- сооружения коммунального хозяйства, в том числе сооружения водозаборные, сооружения очистные водоснабжения, сооружения канализации.

Таким образом, в части коммунальных сервитутов проект изменений ГК не учитывает существующее специальное законодательство о строительстве, размещении, учете сооружений, и принятие проекта в предлагаемой редакции породит в правоприменительной практике много вопросов. Например, что такое объект коммунального назначения, как он соотносится с линейными сооружениями, указанными в действующей ст. 274 ГК РФ. Тем более что судебные споры по сервитутам возникают чаще всего по таким линейным объектам, как сооружения электроэнергетики, трубопроводного транспорта, связи, которые в общем-то коммунальными объектами и не являются. Так, в соответствии со ст. 23 ЗК РФ публичный сервитут устанавливается для использования земельного участка в целях ремонта коммунальных, инженерных, электрических и других линейных сетей, а также

³⁸ См.: Приказ Минэкономразвития России от 18.12.2015 № 953 «Об утверждении формы технического плана и требований к его подготовке, состава содержащихся в нем сведений, а также формы декларации об объекте недвижимости, требований к ее подготовке, состава содержащихся в ней сведений».

объектов транспортной инфраструктуры. Даже только эти положения свидетельствуют, что коммунальные объекты — лишь разновидность тех сооружений, которые обслуживают общество.

V. Общие выводы

1. Несмотря на буквальное определение сервитута, в том числе сервитута для строительства и эксплуатации объекта недвижимости, как права ограниченного *пользования* земельным участком, сервитутарию при возведении и последующем обслуживании возведенного наземного объекта недвижимости принадлежит и правомочие владения. Такой вывод имеет и практическое значение для решения вопроса о вещно-правовых исках, которые может предъявлять владеющий сервитутарий на основании ст. 305 ГК РФ. Особенно в связи с тем, что в юридической литературе существуют различные точки зрения о способах защиты прав сервитутария, а Высший Арбитражный Суд РФ считает, что невозможна непосредственная защита негаторным иском сервитута³⁹.

2. По правовой природе сервитут не направлен и не предполагает прекращение всякого права использования обремененной частью земельного участка, в то время как реализация, материальное воплощение предоставленного сервитутарию права на застройку земель — строительство *наземного* объекта — имеет своим последствием фактическую невозможность использования застроенной части земельного участка его правообладателем. Строительство зданий — объектов дорожного сервиса сервитутарием на соответствующем земельном участке в целом противоречит сервитутным отношениям, и существование соответствующих норм — результат политического решения.

В то же время нельзя сказать, что при возведении наземного объекта недвижимости собственник служебного земельного участка лишается своих правомочий по владению и пользованию, поскольку

³⁹ При этом допуская защиту негаторным иском права на господствующую недвижимость (см.: п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15.01.2013 № 153 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам защиты прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения»).

объектом собственности является земельный участок, а обременение в этом случае налагается только на часть земельного участка (которая самостоятельным объектом собственности не является). Но строительство недвижимости на земельном участке всегда имеет фактические и правовые последствия. В этом случае объект трансформируется, поскольку соответствующей частью при расположении на земельном участке наземного объекта собственник участка уже не может пользоваться. Такое изменение объекта вызвано обременением земельного участка, связано с ограничением права собственности и компенсируется через плату за сервитут.

3. Наличие на земельном участке линейных сооружений (надземных, подземных, смешанных), как правило, не исключает использование земельного участка по целевому назначению и в соответствии с его разрешенным использованием, поэтому законодатель в ГК РФ допускает возможность строительства линейных объектов с использованием земельного участка на праве ограниченного пользования (сервитут). Чаще всего линейные сооружения находятся под или над земной поверхностью и их наличие, например, в стесненных условиях городской застройки объективно обусловлено. Характер застройки, протяженность расположения линейных сооружений (зачастую нахождение на значительном количестве земельных участков, имеющих различных собственников) определяют сложность оформления иных прав на земельные участки (собственность, постоянное (бессрочное) пользование, аренда, безвозмездное пользование).

4. Еще в работе В. И. Курдиновского⁴⁰ справедливо выделялись следующие отличительные черты сервитута (в сравнении с «легальными ограничениями»): при сервитутах ограничение власти собственника есть следствие (оборотная сторона) чужого частного права; сервитут ставит границы уже возникшему праву собственности, стесняет собственника; сервитут носит условный и временный характер.

Последний признак, определяющий сервитут как временный, вызывает сомнения в применимости его к тем сервитутам, которые обеспечивают создание объекта недвижимости на служебном участке. И право

⁴⁰ См.: Курдиновский В. И. Права собственности на недвижимость в России. Одесса, 1899. С. 5–7.

собственности, и недвижимость — правовые категории, которые характеризуются «стабильностью» и «постоянством». Ограничение права собственности на служащий земельный участок в целях строительства сооружений в дальнейшем неизбежно влечет и необходимость сервитута для эксплуатации, возможно — и ремонта, реконструкции возведенного объекта. Тем самым такой сервитут *постоянен*. О его относительно временном характере можно говорить только применительно к возможности отпадения обстоятельств, вызвавших необходимость установления сервитута (например, возможность проведения коммуникаций иным образом)⁴¹. В этой связи вызывает одобрение заложенный в проекте изменений ГК подход о бессрочности сервитута⁴². Нельзя не отметить и то, что для собственника сооружения (сервитуария) важна долгосрочность и стабильность его права на земельный участок, на котором расположена принадлежащая ему недвижимость.

5. Закрепление в российском законодательстве возможности сервитуария строить на служебном земельном участке объект недвижимости с приобретением права собственности на него свидетельствует об отступлении от известного с римских времен принципа *superficies solo cedit*. Хотя стоит признать, что правовому «разрыву» права собственности на земельный участок и права собственности на возведенную недвижимость способствуют не только (да и не столько) нормы о сервитуте, а в целом правовое регулирование застройки земель. Такой подход законодателя не способствует повсеместному появлению в российской практике «единого объекта недвижимости» или появлению в российском праве (по аналогии с Германским гражданским уложением) земельного участка «в широком смысле», включающего в свой состав и все объекты недвижимости, расположенные на нем.

6. Предлагаемое правовое регулирование в части общего подхода, содержания видов сервитутов (§ 2 гл. 20.2 проекта ГК) является не совсем удачным.

⁴¹ Здесь, конечно, нельзя не отметить, что также будут действовать классические правила о прекращении сервитутных отношений при соединении служащей и господствующей вещи, совпадении в одном лице права собственности на земельный участок и расположенное на нем сооружение.

⁴² Иное может быть установлено только в самом ГК (например, временным назван сервитут стройки).

Как известно, право собственности составляет основу частного права и является конституционным правом человека и гражданина, соответственно ограничения этого права не могут иметь произвольный характер. Используемые в Гражданском кодексе РФ термины, содержащиеся в нем положения должны быть четкими и соотноситься с рабочими, существующими механизмами иных правовых отраслей, тем более что разработчики проекта исходят из необходимости исчерпывающим образом определить в ГК РФ виды сервитутов, их содержание. Заинтересованные лица, суд должны понимать, какой вид сервитута они могут/должны установить в конкретном случае. Выше были показаны отдельные недочеты норм проекта ГК. Как представляется, если и разумна сама идея установить закрытый перечень видов сервитутов, то она еще требует глубокой проработки. Предложенные виды сервитутов не охватывают все их многообразие, не позволяют учесть всю сложность сосуществования в обществе.

ЗАЩИТА ДОБРОСОВЕСТНЫХ ПРИБРЕТАТЕЛЕЙ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА: ПОИСК БАЛАНСА ИНТЕРЕСОВ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ РЕШЕНИЙ

В 2018 году отмечается 20-летие введения в действие Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее — Закон 1997 года о регистрации), который оценивается российскими цивилистами как один из важнейших актов, создающих основу для стабильного гражданского оборота недвижимых вещей. Комментируя этот Федеральный закон практически сразу после его принятия, М. И. Брагинский указывал, что с государственной регистрацией «стала связываться необходимая определенность правового статуса отдельных объектов недвижимости, а также государственный контроль за законностью совершаемых с недвижимостью сделок в интересах как самих их участников, так и третьих лиц»¹.

Такие важные характеристики системы регистрации прав на недвижимое имущество, как предварительная правовая экспертиза документов и проверка законности сделки (п. 1 ст. 13 Закона 1997 года о регистрации), открытость реестра (ст. 7), признание государственной регистрации в качестве единственного доказательства существования права (п. 1 ст. 2), два десятилетия подряд работали на то, чтобы создавать убеждение в прочности зарегистрированных прав.

* Михеева Лидия Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заместитель председателя совета (руководителя) Исследовательского центра частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (Москва).

¹ Брагинский М. И. Комментарий к Закону Российской Федерации «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». М.: Юстицинформ, 1998. С. 4.

С самого начала действия Закона 1997 года о регистрации отечественная цивилистика шаг за шагом близилась к тому, чтобы утвердиться в идее о достоверности содержащихся в реестре сведений. Так, В. В. Чубаров, комментируя в 1998 году статью 2 этого Закона, отмечал: «Зарегистрированное право может быть оспорено только в судебном порядке, что создает презумпцию его законности»². Позже авторы Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе³ указывали, что государственная регистрация призвана обеспечить публичность и достоверность информации о зарегистрированных правах и сделках для третьих лиц, и в этом смысле позволяет защитить права и интересы третьих лиц.

Большое внимание существу государственной регистрации прав и ее значению уделял учитель многих не только томских, но и сибирских цивилистов профессор Борис Лазаревич Хаскельберг, писавший о «многофункциональном» значении регистрации, необходимой для обеспечения стабильности оборота недвижимости, охраны прав, а также для обеспечения публичных интересов⁴. Он назвал регистрацию «презумптивным фактом, с которым связывается презумпция существования зарегистрированного права, его достоверности»⁵.

Указывая, что в отличие от ряда зарубежных законодательств отечественный закон такую презумпцию напрямую не закрепляет, Б. Л. Хаскельберг тем не менее отмечал, что «запись о праве в ЕГРП, основывающаяся на предусмотренных правоустанавливающих фактах

(закрепленных в соответствующих документах), создает *высокую степень вероятности достоверности* ее соответствия действительности, однако не признается бесспорным доказательством»⁶.

Вместе с тем долгое время такие две общепризнанные характеристики государственного реестра — публичность и достоверность — рассматривались подавляющим большинством юристов лишь через призму фиксации прав значительного числа частных собственников, прежде всего граждан, массово оформлявших в собственность квартиры, земельные участки, дачные строения и пр.

Осознание смысла слов «публичность и достоверность» в полной мере в нашей стране, к сожалению, оказалось связанным с проблемой противопоставления притязаний бывшего собственника (или «несостоявшегося» собственника) недвижимости зарегистрированному праву того лица, которое приобрело спорный объект у неуправомоченного отчуждателя, а точнее, с проблемой поиска баланса между интересами такого бывшего собственника и интересами добросовестного приобретателя недвижимости, право которого зарегистрировано в реестре.

Иными словами, не процесс наполнения реестра недвижимости миллионами записей, а феномен оспаривания таких записей поставил со всей остротой перед российской правовой системой вопрос о том, что такое достоверность реестра. Насколько можно доверять «достоверному» реестру, если зарегистрированные в нем права все же аннулируются судебными актами?

Увы, спустя 20 лет после введения в действие Закона 1997 года о регистрации следует признать, что *степень вероятности соответствия действительности* внесенных в реестр сведений оказалась невысокой, как и степень нашего доверия к зарегистрированным правам.

«Разворот» зарегистрированных в реестре прав до некоторой поры не был замечен широкой общественности — случаи аннулирования записей о правах на недвижимое имущество не были «на слуху» до начала в 2013 году развязанной рядом публично-правовых образовательных кампаний по возврату в публичную собственность находящихся в частной собственности квартир. До этого времени отмена записей,

² Постатейный комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» / под общ. ред. П. В. Крашенинникова. М.: Спарк, 1999. С. 40.

³ Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе / Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства; Исследовательский центр частного права / под общ. ред. А. А. Маковской, О. М. Козырь, В. А. Витрянского. М.: Статут, 2004.

⁴ См.: Хаскельберг Б. Л. Правовое значение государственной регистрации сделок с недвижимым имуществом // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Сб. статей. Ч. 5 / под ред. В. Ф. Воловича. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2000. С. 8–9.

⁵ Хаскельберг Б. Л. Правовая природа и значение государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество // Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. IV (2007–2009) / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. Томск: Пеленг, 2010. С. 252.

⁶ Там же.

совершенных в реестре, обсуждалась лишь применительно к случаям использования приобретателями откровенно криминальных сценариев (подделка документов, обман или насилие в отношении собственника и пр.) либо к случаям реституции по сделкам, совершенным с нарушением п. 3 ст. 35 Семейного кодекса РФ.

Но около пяти лет назад появилась волна особых судебных дел — в судах общей юрисдикции начали рассматриваться требования субъектов Российской Федерации об истребовании из чужого незаконного владения вначале квартир, а затем и земельных участков. Пример другим публично-правовым образованиям подал город Москва, 136 исков которого к добросовестным приобретателям квартир были удовлетворены в период с 2013 по 2016 год, и в настоящее время требования о виндикации различных объектов недвижимости активно предъявляют к гражданам и организациям не только субъекты Российской Федерации, но и муниципальные образования.

Впрочем, в ряде случаев публично-правовые образования используют негаторные иски, иски о признании зарегистрированного права отсутствующим и прочие как предусмотренные законом, так и не названные прямо в законе способы защиты гражданских прав или их сочетания⁷. Сочетание в одном искомом требовании казалось бы противоречащих друг другу способов защиты и использование тех способов защиты вещного права, которые по своим материальным основаниям совершенно не годятся для ситуации, — лишь тактика, обеспечивающая так или иначе достижение необходимого правового результата, состоящего в исключении из государственного реестра записи о праве ответчика и включение в реестр записи о праве истца.

⁷ Одновременное сочетание виндикационного и негаторного исков, например, было использовано в делах об изъятии земельных участков у граждан М. А. Боль и Г. М. Вельмискиной (Конституционный Суд РФ выразил свою правовую позицию по этим делам в Определении от 21.09.2017 № 1791-О и в Определении от 21.09.2017 № 1792-О). Как представляется, такое составное требование было предъявлено истцами (публичными собственниками) в целях использовать негаторный иск как «прикрытие» от возражения ответчиков о пропуске исковой давности по иску виндикационному. Материалы этих дел исследовались автором настоящей статьи в рамках подготовки направленной в Конституционный Суд Российской Федерации правовой позиции Общественной палаты Российской Федерации по проблеме защиты интересов добросовестных приобретателей.

Во всех случаях, с которыми автору этих строк пришлось ознакомиться, основаниями для обращения публично-правовых образований в лице различных органов с исками к приобретателям недвижимости послужили:

- нарушения, допущенные при приватизации жилых помещений (преимущественно в 1990-х годах),
- несвоевременное принятие органами власти мер по вступлению во владение выморочным имуществом, повлекшее вовлечение этого имущества злоумышленниками в гражданский оборот и последующее приобретение имущества добросовестными лицами,
- нарушения норм природоохранного, градостроительного, земельного законодательства или норм иных публичных отраслей законодательства при предоставлении земельных участков в собственность гражданам и организациям.

Те или иные публично-правовые образования раз за разом выигрывали споры и добивались передачи недвижимости в публичную собственность, опираясь на правило п. 1 ст. 302 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК), а также на положение абзаца второго п. 2 ст. 223 ГК.

Однако важно заметить несколько особенностей этих судебных споров.

Во-первых, во всех без исключения случаях мы обнаруживали, что первоначальным юридическим фактом, способствующим утрате имущества, являющегося публичной собственностью (или способного стать публичной собственностью в результате наследственного правопреемства), было нарушение административных и иных публично-правовых процедур должностными лицами различных органов государственной власти или органов местного самоуправления, выразившееся в бездействии или, напротив, в превышении ими должностных полномочий. При таких обстоятельствах как минимум весьма сомнительны утверждения об утрате имущества помимо воли публичного собственника.

Во-вторых, в весьма значительном числе случаев не шло и речи о выбытии имущества из владения публичного собственника помимо его воли, ибо спорное имущество никогда не было во владении (*то есть в фактическом обладании, под фактическим господством*)

публичного собственника. К таким ситуациям относились в том числе такие, когда имущество, которое могло бы перейти во владение публично-правового образования в качестве выморочного имущества, попадало в собственность иных лиц. Иными словами, следует усомниться и в том, что имело место выбытие имущества из владения публичного собственника⁸.

В-третьих, с сожалением следует признать, что в целом ряде случаев органы государственной власти или местного самоуправления обращались с требованиями о вилдикации, пропустив все мыслимые сроки исковой давности, а суды при этом ходатайства истцов о применении давности оставляли без удовлетворения.

Неудивительно, что в результате появления такой судебной практики вокруг норм ГК об истребовании имущества у добросовестного приобретателя возник весьма неблагоприятный общественный резонанс. Эта тема активно обсуждается в СМИ и соцсетях, и надо признать, что со стороны населения страны не находят понимания не только правовые (формальные) основания удовлетворения исков публично-правовых образований, но и причины того, почему интересы публичного субъекта подлежат защите за счет оказавшегося в конце цепочки юридических фактов добросовестного приобретателя недвижимости, а не за счет лиц, совершивших серьезные правонарушения, повлекшие утрату публичной собственности. Так или иначе граждане винят во всем публичную власть, попустительствовавшую недобросовестным чиновникам или не осуществлявшую должного контроля как за публичной собственностью, так и за соблюдением законодательства при оформлении прав частных собственников.

Столь же негативно воспринимается идея ограничить способы защиты интересов добросовестных приобретателей, у которых было изъято жилье, выплатой им незначительной компенсации. Как известно, с 1 января 2005 года в Закон о регистрации была введена статья 31¹ о праве на разовую компенсацию за счет казны Российской

⁸ Необходимо отметить, что в таких случаях в судебных спорах не подразумевалось и «книжное» или так называемое номинальное владение, то есть состояние, когда истинный правообладатель когда-то был указан в реестре, а потому должен быть защищен.

Федерации, предоставляемую собственнику жилого помещения, который не вправе его истребовать от добросовестного приобретателя, а также добросовестному приобретателю, от которого было истребовано жилое помещение. Ни размер компенсации (один миллион рублей), ни порядок и основание ее получения (утрата права на жилое помещение исключительно гражданина, но не юридического лица) не могли в полной мере удовлетворить потерпевших, что в немалой степени повлияло и на формирование правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, впоследствии признавшего положения этой статьи не соответствующими Конституции России (в контексте правоприменительной практики)⁹.

Увы, не самым лучшим образом влияли на защиту интересов добросовестных приобретателей и правовые позиции, высказываемые в актах Верховного Суда РФ. Так, например, в Обзоре судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от добросовестных приобретателей, по искам государственных органов и органов местного самоуправления, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 01.10.2014 (далее — Обзор 2014 года), было указано: «Ответчику при предъявлении к нему названного иска необходимо доказать, что жилое помещение было приобретено им по возмездной сделке и при этом он не знал и не должен был знать, что лицо, у которого он приобрел имущество, не имело права на его отчуждение». В этом акте толкования суд фактически заменил заложенную в ст. 10 ГК презумпцию добросовестности всякого участника гражданских правоотношений на обратную презумпцию — предположение о недобросовестности любого приобретателя жилого помещения, который должен доказать по существу отрицательный факт (!), то есть свое незнание об обстоятельствах, препятствующих приобретению.

Справедливости ради надо отметить, что год спустя в аналогичном Обзоре (утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 25.11.2015 Обзор судебной практики по делам, связанным с истребованием

⁹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 04.06.2015 № 13-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 31.1 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» в связи с жалобой граждан В. А. Князик и П. Н. Пузырина».

жилых помещений от граждан по искам государственных органов и органов местного самоуправления, далее — Обзор 2015 года) суд изменил этот подход, указав: «Обстоятельства, свидетельствующие о недобросовестности приобретателя, подлежат доказыванию истцом». Общее упоминание о презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений, сделанное в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», полагаем, должно укрепить веру судов в эту презумпцию при оценке ими добросовестности приобретателей недвижимости.

В Обзоре 2014 года присутствовало также небесспорное суждение о том, что всякий добросовестный приобретатель знакомится со всеми «правоустанавливающими документами на недвижимость», выясняет основания возникновения у продавца недвижимого имущества права собственности, производит непосредственный осмотр приобретаемого имущества. Большое значение имело также описание в этом Обзоре случая, когда «спорная квартира в течение полутора месяцев трижды являлась предметом договора купли-продажи и дарения и продавалась по цене существенно ниже ее рыночной стоимости, что должно было вызвать у К. разумные сомнения в праве продавца на отчуждение имущества». К сожалению, из текста Обзора неясно, знал ли ответчик (К.) об этих обстоятельствах трехкратного перехода права на приобретаемый им объект, и в каком контексте такое знание могло бы свидетельствовать о недобросовестности приобретения им недвижимости.

Обзор 2015 года содержит сходное упоминание о том, 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».

Таким образом, в проблеме поиска упомянутого выше баланса между интересами утратившего право правообладателя и интересами

добросовестного приобретателя недвижимости самостоятельное значение стали приобретать не только вопрос о том, что должна означать достоверность реестра, но и вопрос о том, *насколько широкими должны быть границы разумной осмотрительности добросовестного приобретателя недвижимости*. Как можно увидеть, судебная система полагает, что такая осмотрительность не может сводиться только к ознакомлению с государственным реестром.

Увы, отсутствие более или менее ясного перечня обстоятельств, знание о которых должно «отпугнуть» добросовестного приобретателя недвижимой вещи от такого приобретения, не способствует стабильности гражданского оборота недвижимости. Более того, даже узнав о таких обстоятельствах, оценить их в состоянии далеко не каждый приобретатель.

Если, как указано в Обзоре 2014 года, добросовестный приобретатель при совершении с продавцом сделки выясняет основания возникновения у продавца недвижимого имущества права собственности, то что даст ему информация о таких основаниях возникновения, если сам приобретатель не обладает для оценки этих обстоятельств достаточной квалификацией? Как известно, при включении ст. 8¹ в ГК законодателя не удалось убедить ввести в эту статью требование об обязательном нотариальном удостоверении всякой сделки, влекущей возникновение права¹⁰, между тем нотариальное удостоверение состоит прежде всего в проверке законности сделки (ст. 163 ГК) и дает гораздо больше оснований полагаться на зарегистрированное в результате совершения такой сделки право приобретателя.

К числу немногих позитивных сдвигов в сфере защиты интересов добросовестных приобретателей можно отнести лишь некоторую корректировку правовых позиций судов по вопросам об исчислении давности по требованиям публично-правовых образований. В п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса

¹⁰ Ср. п. 2 ст. 8¹ ГК в редакции проекта 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», принятого Государственной Думой РФ в I чтении 27.04.2012, и п. 3 действующей редакции ст. 8¹ ГК.

Российской Федерации об исковой давности» было прямо указано, что в силу п. 1 ст. 200 ГК срок исковой давности по требованиям публично-правовых образований в лице уполномоченных органов исчисляется со дня, когда публично-правовое образование в лице таких органов узнало или должно было узнать о нарушении его прав, в частности, *о передаче имущества другому лицу, совершении действий, свидетельствующих об использовании другим лицом спорного имущества, например земельного участка, и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права.* Иными словами, Верховный Суд РФ напомнил нижестоящим судебным инстанциям о необходимости соблюдения публично-правовыми образованиями в лице уполномоченных органов единых для всех субъектов гражданского права правил об исковой давности.

Нельзя не заметить при этом, что в значительном числе случаев, когда, например, по искам муниципальных образований у граждан истребовались земельные участки, первоначальное предоставление гражданам или организациям в собственность этих участков с нарушением законодательства, действовавшего на момент предоставления, осуществлялось тем или иным должностным лицом самого публично-правового образования, то есть *о передаче публичной собственности другому лицу* муниципальное образование (в лице соответствующего должностного лица) узнавало сразу же, в момент этой передачи.

С 2015 года обсуждение проблемы защиты интересов добросовестных приобретателей ведется на самом высоком государственном уровне. Так, Президент Российской Федерации своим поручением от 09.08.2015 № Пр-1610 (см. пп. «б» п. 3) потребовал от Правительства России представить предложения по «совершенствованию правовых механизмов защиты добросовестных приобретателей приватизированных ранее жилых помещений при предъявлении виндикационных исков органов государственной власти Российской Федерации или органов местного самоуправления в связи с вновь открывшимися обстоятельствами совершения сделок по передаче жилых помещений в собственность граждан».

Министерство экономического развития России предприняло попытку решить эту задачу за счет запрета на виндикацию жилья по искам государства и за счет увеличения размера предусмотренной ст. 31¹

Закона 1997 года о регистрации компенсации за утрату права на недвижимость. В феврале-марте 2016 года это министерство разработало и обнародовало законопроект, в соответствии с которым расчет компенсации предлагалось привязать к рыночной цене утраченного жилища¹¹, а позже (в октябре 2016 года) в этом проекте предлагалось производить расчет компенсации «путем умножения общей площади изъяттого жилого помещения на показатель средней рыночной стоимости одного квадратного метра общей площади жилого помещения в субъектах Российской Федерации»¹². Минэкономразвития предложило выплачивать гражданам такую компенсацию за счет бюджета того публично-правового образования, которое истребовало в свою пользу жилое помещение.

При обсуждении законопроекта категорические возражения против его принятия высказал в ноябре 2016 года субъект Российской Федерации — город Москва, который только в период с 2013 по 2015 годы инициировал 156 судебных споров о виндикации квартир¹³.

В результате обсуждения и доработки законопроект был внесен Правительством Российской Федерации в Государственную Думу в августе 2017 года без каких бы то ни было норм, относящихся к компенсации за утрату права на недвижимость.

Представленный в Государственную Думу Правительством России проект Федерального закона № 243975-7 «О внесении изменений в статью 302 Гражданского кодекса Российской Федерации (в части совершенствования защиты прав добросовестного приобретателя)» представляет собой довольно примитивную реакцию на упомянутое выше поручение Президента Российской Федерации. В нем лишь

¹¹ Был размещен по адресу: <http://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#departments=6&kinds=6&search=%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B3%D0%BE&npr=45326>

¹² Проект Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части совершенствования защиты прав добросовестного приобретателя)» (не был опубликован, размещен в СПС КонсультантПлюс).

¹³ В распоряжении автора этих строк имеется копия соответствующего письма, адресованного Правительством Москвы Правительству России и содержащего указание на отсутствие в бюджете этого субъекта Российской Федерации средств для выплаты компенсаций лишившимся своих квартир добросовестным приобретателям.

предлагается ввести в ст. 302 ГК новый пункт четвертый следующего содержания: «Российская Федерация, субъект Российской Федерации, муниципальное образование не вправе истребовать жилое помещение, выбывшее из владения Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования, от добросовестного приобретателя — гражданина, в том числе в случаях, если такое жилое помещение было приобретено безвозмездно или выбыло из владения Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования помимо их воли».

К сожалению, проблему защиты интересов добросовестных приобретателей такая новелла защитить не сможет. После принятия такой поправки число выигранных публичными собственниками исков не уменьшится — иски по-прежнему могут быть удовлетворены за счет вменения ответчикам недобросовестности и манипулирования способами защиты и правилами о сроках исковой давности.

Более того, принятие законопроекта в такой редакции приведет к снижению уровня защиты государственной и муниципальной форм собственности в нарушение установленного ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации принципа равной защиты всех форм собственности, ведь предложенная в проекте формулировка лишает органы государственной власти и органы местного самоуправления возможности истребования имущества даже в тех случаях, когда имели место мошеннические действия с жилыми помещениями и последующее дарение или наследование таких помещений.

Короткий анализ проблемы защиты интересов добросовестных приобретателей недвижимости показывает, что она порождена несколькими причинами: отсутствием предварительной проверки оснований для государственной регистрации прав (или недостаточностью такой проверки) и как следствие — ослаблением силы презумпции достоверности государственного реестра недвижимости и внедрением на уровне судебной практики расширенных критериев разумной осмотрительности приобретателя. Возможно, играет свою роль и значительное число лиц, для которых недобросовестное поведение не является отклонением от нормы, о чем так часто говорят коллеги-цивилисты в России. Но все же особую яркость этой проблеме придало активное оспаривание зарегистрированных в государственном

реестре прав самим государством, чьи требования по непонятной для всякого цивилиста причине оказывались подчас удовлетворенными даже в тех случаях, когда они заведомо не могли быть удовлетворены.

Поэтому решение этой проблемы не может быть простым. Это решение не может состоять, например, в копировании § 891 и 892 Германского гражданского уложения для целей включения их положений в ст. 8¹ ГК, сколь бы ни были прекрасны идеи, заложенные в этих параграфах. Как отмечалось выше, внесенная в реестр (поземельную книгу) запись означает *высокую степень вероятности достоверности* реестра, но не означает абсолютной его бесспорности даже в тех порядках, где такие реестры (книги) заполняются много десятков лет при дотошной проверке оснований возникновения права.

Представляется, что совершенствование правовых механизмов защиты интересов добросовестных приобретателей недвижимости должно состоять в принятии комплекса мер:

- 1) создание условий, обеспечивающих достоверность сведений, включаемых в реестр прав на недвижимость, за счет предварительной (не мнимой!) проверки оснований возникновения, прекращения, изменения прав;
- 2) обеспечение применения ст. 1069 ГК к случаям ненадлежащего исполнения должностными лицами регистрирующего органа проверки вносимых в реестр сведений, в результате чего в единый государственный реестр недвижимости включаются недостоверные сведения, а также последующее привлечение к ответственности таких должностных лиц в порядке регресса;
- 3) выплата лицам, утратившим права на недвижимое имущество, за счет бюджета Российской Федерации компенсации в размере причиненных им убытков (при этом к Российской Федерации должно переходить требование, которое лицо потерпевшее имеет к лицу, ответственному за причинение вреда в связи с утратой права);
- 4) усиление публично-правовых установлений, обязывающих органы государственной власти и органы местного самоуправления осуществлять регулярный контроль за тем имуществом, которое относится к публичной собственности или может стать в силу закона публичной собственностью;

5) обеспечение неотвратимой уголовной ответственности лиц, совершивших преступления, повлекшие утрату публичными собственниками недвижимого имущества, в том числе частных к такому выбытию чиновников разного уровня (впрочем, столь же неотвратимая ответственность должна наступать и для мошенников, по чьей вине лишаются своих прав на недвижимость граждане и организации).

Если принципы ведения реестров, заложенные в п. 1 ст. 8¹ ГК, вместе с очерченной в п. 6 этой статьи презумпцией добросовестности лица, опирающегося на реестр, по мнению судов такой презумпции не содержат, то не грех и уточнить эти формулы. Идя на поводу у сторонников включения в закон максимально подробных и понятных судам правил, можно было бы, например, изложить п. 6 ст. 8¹ ГК в следующей редакции: «Содержащиеся в государственном реестре сведения о правах на определенное имущество признаются достоверными и полными, пока в установленном законом порядке в реестр не внесена запись об ином. Лицо, которое полагалось на содержащиеся в государственном реестре сведения в момент приобретения по договору прав на имущество, признается добросовестным, пока не доказано, что это лицо знало о недостоверности или неполноте таких сведений».

Но дело ведь не в том, что позитивному праву не хватает четко сформулированной презумпции добросовестности приобретателя недвижимости. Такая презумпция, даже будучи высеченной в граните, не сможет работать, пока в реестр не будут включаться действительно проверенные сведения.

Важно сделать так, чтобы орган государственной власти, осуществляющий от имени Российской Федерации государственную регистрацию возникновения прав на недвижимое имущество, перехода таких прав, ограничения таких прав и обременения имущества, совершал бы регистрационные действия исключительно в случаях, когда он убедился не только в достоверности представленных ему документов (см. ст. 29 Федерального закона от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»), но и в отсутствии признаков ничтожности или оспоримости сделок, являющихся основаниями для перехода прав, в том числе признаков дефектов воли одной из сторон

сделки, а также в отсутствии признаков незаконности перехода прав (возникновения, изменения, прекращения) по иным основаниям.

Принцип проверки законности оснований для государственной регистрации, указанный в п. 1 ст. 8¹ ГК, должен перестать быть лишь декларацией, пожеланием, адресованным органам исполнительной власти. Реестр никогда не станет достоверным, если перед внесением сведений в него никто — орган по регистрации прав, суд или судья, нотариус либо какое-либо иное лицо, осуществляющее публичные полномочия, — не проверяет законность возникновения, перехода или прекращения права.

Более того, Российская Федерация как публично-правовое образование, чьи уполномоченные органы осуществляют требуемую в силу закона регистрацию прав на недвижимость, должна нести ответственность, возмещающую потерпевшим причиненные им убытки в полном объеме (ст. 15 ГК) в случаях, когда возникновение прав на недвижимое имущество, переход таких прав, ограничение таких прав или обременение имущества были зарегистрированы с нарушением требования о полноценной правовой экспертизе каждого регистрационного действия.

Большое внимание законодателю следует также уделить нормам, посвященным обязанностям органов государственной власти и органов местного самоуправления по своевременному выявлению фактов незаконного владения имуществом, относящимся к публичной собственности, или внесения в государственный реестр записей о правах других лиц на такое имущество. В частности, должен быть четко описан в законодательстве и организован на постоянной основе эффективный мониторинг состояния земельных участков и иных объектов недвижимости, относящейся к публичной собственности (тем более что современные технологии подчас позволяют вести такой мониторинг дистанционно).

В начале 2016 года был замечен спад числа требований публичных собственников об изъятии у граждан квартир, но к 2018 году участились судебные споры об истребовании из чужого незаконного владения земельных участков, и в большинстве случаев истцы (муниципальные образования) утверждают, что не знали, да и не могли узнать о нарушениях, допущенных при возникновении права собственности

на участки у первоначальных собственников (граждан или организаций), в том числе при предоставлении таких земельных участков в частную собственность лицами, не обладающими достаточными полномочиями.

Вместе с тем известно, что муниципальный собственник (как, впрочем, и любой иной собственник) должен нести связанные с правом собственности бремя и риск. Для публично-правового образования, задача которого состоит прежде всего в обеспечении благополучия населения соответствующей территории, такое бремя должно состоять в мониторинге состояния публичной собственности, в своевременном пресечении самозахвата публичной собственности и в своевременной судебной защите прав на имущество. Невыполнение органами государственной власти и органами местного самоуправления таких задач, вне всякого сомнения, может служить поводом для замены лиц, наделенных теми или иными публично-правовыми полномочиями.

Это суждение не только выводится из существа публичной власти и публичной собственности, но и имеет под собой нормативно-правовую основу. Так, в силу ч. 5 ст. 51 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» органы местного самоуправления ведут реестры муниципального имущества в порядке, установленном уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти. Как указывается в Приказе Минэкономразвития РФ от 30.08.2011 № 424 «Об утверждении Порядка ведения органами местного самоуправления реестров муниципального имущества», объектами учета в реестрах муниципального имущества является прежде всего «находящееся в муниципальной собственности недвижимое имущество (здание, строение, сооружение или объект незавершенного строительства, земельный участок, жилое, нежилое помещение или иной прочно связанный с землей объект, перемещение которого без соразмерного ущерба его назначению невозможно, либо иное имущество, отнесенное законом к недвижимости)». Совершенно очевидно, что реестры муниципального имущества должны вестись для того, чтобы соответствующее публично-правовое образование обладало актуальной информацией о состоянии принадлежащего ему

имущества, необходимого для решения указанных в законе вопросов (к ним относятся обеспечение проживающих в поселении и нуждающихся в жилых помещениях малоимущих граждан жилыми помещениями, организация строительства и содержания муниципального жилищного фонда; создание, развитие и обеспечение охраны лечебно-оздоровительных местностей и курортов; предоставление помещения для работы на обслуживаемом административном участке поселения сотруднику, замещающему должность участкового уполномоченного полиции, и многие другие вопросы местного значения, названные в Федеральном законе № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»).

Таким образом, органы местного самоуправления, осуществляющие полномочия собственника муниципального имущества, обязаны регулярно заботиться о муниципальном имуществе, знать его состав, проверять сохранность и наличие этого имущества. Непризнание за органами местного самоуправления соответствующих обязанностей во многом означало бы отсутствие смысла в формировании таких органов и финансировании из местного бюджета их деятельности.

Сказанное относится в равной мере и к органам государственной власти субъектов Российской Федерации и к самой Российской Федерации.

Невыполнение органами государственной власти или местного самоуправления таких обязанностей не оправдывает соответствующее публично-правовое образование и не дает возможности защищать его интересы по истечении сроков исковой давности. Именно по этой причине отсутствие контроля за публичной собственностью в течение большого промежутка времени может повлечь за собой возникновение права частной собственности по приобретательной давности (ст. 234 ГК).

Если проблема защиты интересов добросовестных приобретателей недвижимости хотя бы в малой степени решается за счет уточнения или ужесточения требований к осуществлению органами государственной власти и местного самоуправления полномочий публичных собственников, то такое уточнение может и должно быть сделано.

Кроме того, должен быть определен также порядок наследования и учета выморочного имущества. Федеральный закон, который

определил бы такой порядок, должен был появиться сразу после принятия в 2001 году части третьей ГК. Отсутствие установленных на законодательном уровне требований к действиям публичных органов по поиску выморочного имущества и оформлению прав на него в незначительной степени способствует «пропуску» исковой давности такими органами и должностными лицами, которые не спешат тратить свое время и казенные средства на процедуру вступления публичного собственника в наследственные права, но готовы спустя много лет после вовлечения недвижимости в оборот требовать изъятия этой недвижимости у добросовестных приобретателей.

В свете всего изложенного на вопрос о том, кто должен нести риски отчуждения недвижимости неуправомоченным лицом и выбытия такого имущества из публичной собственности — добросовестный частный собственник, который по возмездному основанию, опираясь на данные государственного реестра недвижимости, приобрел спорный объект, или публичный собственник, который не осуществлял должного контроля за своим имуществом, — напрашивается очевидный ответ. Риски должно нести публично-правовое образование, и такой подход к балансу интересов, кстати, способствовал бы большей вовлеченности населения соответствующей территории в деятельность госаппарата, создавал бы заинтересованность граждан в сменяемости неэффективных городских и муниципальных менеджеров, в привлечении их к имущественной ответственности за плохое управление публичной собственностью.

Чтобы перераспределить указанные риски и большую их часть возложить на публично-правовые образования, следует либо отказаться от введенного в 2004 году в п. 1 ст. 223 ГК¹⁴ правила о восстановлении прав на недвижимость на основании виндикации, либо по меньшей мере ограничить действие этого правила в отношении публично-правовых образований. Вопрос о том, каким именно образом ограничить такую виндикацию (например, установив пресекательный срок для заявления требования о виндикации или потребовав, чтобы публично-правовое образование до предъявления виндикационного иска

¹⁴ Это правило критиковалось, в частности, в Концепции развития законодательства о вещном праве.

добилось уголовного преследования лиц, по чьей вине недвижимость перестала быть публичной собственностью¹⁵), требует, что называется, политического решения. Если со временем система отношений по поводу недвижимости придет в равновесие, то от таких особенных мер, разумеется, можно было бы отказаться.

Впрочем, гораздо важнее установить иные препятствия для неоснованного заявления публично-правовыми образованиями требований о виндикации недвижимости у добросовестных приобретателей. Представляется, что такими препятствиями могут быть исключительно негативные имущественные последствия в виде жестких и недвусмысленных правил о возмещении лицам, утратившим право на недвижимое имущество по вине регистрирующего органа, вреда и о компенсации их убытков в полном размере за счет казны в случаях, когда вина регистрирующего органа отрицается.

В завершение следует подчеркнуть, что формирование справедливого политико-правового подхода к разрешению проблемы защиты интересов добросовестных приобретателей недвижимости имеет *огромное социальное значение*. Подавляющее большинство россиян за истекшие 20 лет не обзавелось сколько-нибудь значимой частной собственностью, и нередко единственная квартира или небольшой земельный участок со строениями — все, что имеет российская семья. Игнорирование сложившейся ситуации, допущение возможности изъятия добросовестно приобретенного имущества без предоставления полноценной компенсации потерпевшим наряду с безответственностью тех, кто виновен в неосуществлении должного надзора за государственным имуществом, способствует снижению доверия к власти.

¹⁵ Второй вариант, кстати, дополнительно способствовал бы обеспечению неотвратимости уголовной ответственности злоумышленников.

В. В. РОВНЫЙ*

ЗАМЕТКИ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ СДЕЛКАХ И СВЯЗАННЫХ С НИМИ РАСПОРЯДИТЕЛЬНЫХ СДЕЛКАХ (СДЕЛКАХ-РАСПОРЯЖЕНИЯХ)

I

Сделка — системообразующий для гражданско-правовой отрасли юридический факт, который в разных отечественных кодификациях определялся по-разному. «Действия, совершаемые для приобретения или прекращения гражданских прав (сделки), — говорилось в проекте Гражданского Уложения, — суть: 1) изъявление воли одного лица, как то: завещательные распоряжения, и 2) договоры или соглашения двух или нескольких лиц»¹. Позднее сделки стали определяться как действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений (см. ст. 26 ГК 1922 г.²), как действия граждан и организаций, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (см. ст. 14 Основ 1961 г.,³ ст. 41 ГК 1964 г.⁴), наконец, как действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение

или прекращение гражданских прав и обязанностей (см. ст. 26 Основ 1991 г.⁵, ст. 153 действующего ГК РФ). Догматическое осмысление приведенных определений позволяет сделать несколько выводов.

1) Сделка — *юридический факт*, направленный на создание гражданско-правовых последствий, поэтому сделка есть гражданско-правовая *причина*, вызывающая гражданско-правовое *последствие*. Иные подходы к пониманию сделки (в частности, смещение акцента при ее характеристике в сторону последствия, ассоциирование сделки с правоотношением в целом, тем более — отступление от ее существа и перевод вопроса в формальную плоскость) не соответствуют закону и могут быть допущены только как условные для специальных целей.

2) Традиционным для отечественного законодателя является определение сделки через *действие*. Во всех указанных выше случаях сделка определяется именно так, и лишь в первом случае уточняется, что суть таких (сделочных) действий — одно (несколько) *волеизъявление*⁶. Согласно первому определению, акцентирующему внимание на количественном моменте волеизъявлений, сделки совершают *лица*, второе определение и вовсе не содержит упоминания о тех, кто совершает сделку, наконец, из двух последних определений (в особенности из последнего) можно сделать вывод о том, что понятие сделки связывается с действиями *частных лиц*.

* Ровный Валерий Владимирович — доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Юридического института Иркутского государственного университета (Иркутск).

¹ См.: Проект Гражданского Уложения Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского уложения / под ред. И. М. Тютрюмова; сост. А. Л. Саатчиан. СПб., 1910. Т. 1 // Кодификация российского гражданского права. Екатеринбург, 2003. С. 321–606.

² Здесь и далее: Гражданский кодекс РСФСР: принят на IV сессии ВЦИК IX созыва 31.10.1922 (с изм.) // Кодификация российского гражданского права. Екатеринбург, 2003. С. 607–772.

³ Здесь и далее: Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик: приняты Законом СССР от 8 дек. 1961 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

⁴ Здесь и далее: Гражданский кодекс РСФСР: утвержден Законом РСФСР от 11.06.1964 (с изм.) // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1964. № 24. Ст. 406.

⁵ См.: Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 № 2212–1 // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

⁶ Используемый законодателем термин «сделка» и его определение в литературе оценивают неоднозначно. Так, отмечают, что термин «сделка» следует сохранить лишь для обозначения действий, создающих тот правовой эффект, на который они направлены, параллельно следует использовать термин «волеизъявление», сделка — действительное волеизъявление и правомерное юридическое действие, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений (см.: Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избр. труды по гражданскому праву: в 2 т. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. Т. II. С. 346, 360). Указывается также, что более точно определять сделку не через категорию *действия*, а именно через категорию *волеизъявления*, которое только и может быть действительным и недействительным, письменным или устным (см.: Бабаев А. Б. Односторонние сделки в системе юридических фактов // Сделки: проблемы теории и практики / под ред. М. А. Рожковой. М.: Статут, 2008. С. 121). Для сравнения: в § 104–144 BGB (здесь и далее — Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands — Гражданское уложение Германии) нет определения сделки, но широко используется категория *волеизъявления*.

3) В разное время законодатель неодинаково указывал на вызываемые сделкой правовые последствия. Так, в первом определении говорится только о *приобретении и прекращении* и при этом только гражданских прав, во втором — об *установлении, изменении или прекращении гражданских правоотношений*, в двух последних — об *установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей*.

Несмотря на то что юридические определения содержатся в дефинитивных нормах, которые, как и другие специализированные нормы (декларативные, коллизионные), *лишь помогают* в процессе реализации регулятивных и охранительных норм⁷, принципиальное значение всякого легального определения состоит в том, что оно позиционирует праворегулируемое (правоохраняемое) явление, обозначает его признаки, очерчивает границы его существования. Поэтому задача, которую призвано решить правило ст. 153 ГК РФ, — дать принципиальный ответ на вопрос, что есть сделка, и определить круг этих юридических фактов в целях последующего применения соответствующих гражданско-правовых норм⁸. Поспешу заметить,

⁷ Самостоятельное участие специализированных норм в процессе правового регулирования возможно только как исключение (напр., нормы-принципы определяют права и обязанности сторон в случае, предусмотренном п. 2 ст. 6 ГК РФ).

⁸ Всякое легальное определение поэтому должно стремиться к точности и стройности формулировки, к недопущению пространственно-смысловых «вольностей» — двусмысленностей и разночтений, к исключению свободного манипулирования и жонглирования содержащимися в определении словами и словосочетаниями. Эта цель может достигаться по-разному. Один из способов ее достижения — *качественная проработка самого определяемого явления*, в том числе в необходимых случаях его *детализация и конкретизация*. Так, из правила п. 1 ст. 14 УК РФ, посвященного преступлению, законодатель формулирует целый ряд случаев, исключающих преступность деяния (см. п. 2 ст. 14, ст. 37–42 УК РФ), а примечание к ст. 139 УК РФ позволяет определить, что есть жилище с точки зрения уголовного закона (см.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (с изм.) // Собр. законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954). Другой способ достижения указанной цели — *противопоставление разных явлений* путем упоминания о них в параллельных рубриках нормативно-правового акта (главах, параграфах, статьях). Подходящий тому пример — недавнее противопоставление гражданским законодателем двух юридических фактов — *сделок и решений собраний* (см. соотв. гл. 9 и 9.1 ГК РФ, см. также: О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 07.05.2013 № 100-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2327).

что вопрос, который будет рассмотрен в рамках настоящей статьи, имеет тесную связь с качеством определения сделки как юридического факта, поскольку далее речь пойдет об одной классификации сделок, неоднозначно воспринимаемой в отечественном гражданском праве.

И еще. При выборе материала для публикации в сборнике, посвященном 100-летию со дня рождения профессора Бориса Лазаревича Хаскельберга — моего учителя, друга и соавтора, я не мог не вспомнить и не коснуться некоторых вопросов, которые мы с ним так долго и с интересом обсуждали.

II

Законодательству Германии, а также некоторых других государств (речь, в частности, идет об Австрии и Швейцарии, а на постсоветском пространстве — Эстонии) известно деление сделок на две категории — на *обязательственные* и *распорядительные*. В § 433 BGB договор купли-продажи — *сделка обязательственная (Verpflichtungsgeschäfte)*, поскольку создает обязанности продавца перед покупателем (передать вещь и предоставить право собственности на нее) и покупателя перед продавцом (уплатить покупную цену и принять купленную вещь). Напротив, соглашение о передаче движимой вещи в собственность — *сделка распорядительная, или распоряжение (Verfügungsgeschäft, Verfügung)*, посредством нее продавец исполняет свою обязанность перед покупателем. Если вещь владеет третье лицо, передача вещи заменима на соглашение об уступке собственником приобретателю требования о ее выдаче (см. § 929, 931 BGB). Таким образом, передача вещи (*traditio*) и уступка требования (*cessio*) — совершаемые на основании обязательственной сделки *купли-продажи* вещи или требования распорядительные сделки о *передаче* вещи или *уступке* требования, являются ее «продолжением» (исполнением) и направлены на непосредственный переход права (собственности, требования) от одного контрагента к другому. В ст. 6 Закона об общей части Гражданского кодекса Эстонии вполне определенно говорится следующее: «(3) Права и обязанности передаются сделкой по их передаче (распорядительная сделка).

Каждое право и каждая обязанность должны передаваться отдельно, если иное не вытекает из закона»⁹. В Германии разделение сделок на обязательственные и распорядительные покоится на *одноименном принципе (Trennungsprinzip)*. Идею такого разделения, как и другие оригинальные и специфические для германского права феномены (в частности, *Abstraktionsprinzip* — *принцип абстракции* и *abstrakter dinglicher Vertrag* — *абстрактный вещный договор*), принято связывать с именем и авторитетом Фридриха Карла фон Савиньи (1779–1861) и рассматривать как результат интерпретации римских источников. Параллельно, однако, можно встретить упоминание об Иммануиле Канте (1724–1804), еще раньше полагавшем, что если между обещанием исполнения и передачей владения лежит определенный промежуток времени, он должен быть чем-то «заполнен» («тогда должен был существовать еще один особый договор, затрагивающий только лишь передачу») ¹⁰.

В российском законодательстве разделение сделок на обязательственные и распорядительные прямо не предусмотрено, а в доктрине

к нему сложилось неоднозначное отношение¹¹. Полагаю, однако, что для отрицания принципа разделения при классификации сделок в отечественном праве едва ли есть основания, в связи с чем остановлюсь на четырех обстоятельствах сугубо формального порядка.

1) Разделение сделок на обязательственные и распорядительные и признание сделок-распоряжений в качестве полноценной категории сделок *не вступает в противоречие с действующим законом*, говоря иначе, суть распоряжений как сделок не противоречит определению сделки, содержащемуся в ст. 153 ГК РФ. В самом деле, едва ли есть сомнение в том, что современное определение сделки охватывает весьма широкий по правовым последствиям круг волевых действий, которые могут быть направлены не только на *установление* (прав и обязанностей), но и на их *изменение* или *прекращение*, при этом в одних случаях

⁹ См.: Об общей части Гражданского кодекса: закон Эстонской Республики, принят 27.03.2002 (RT I, 2002,35,216), объявлен постановлением Президента Республики от 17.04.2002 № 144 (с изм. в ред. от 21.02.2007) [электронный портал Республики Эстония <http://estonia.news-city.info/>] (дата обращения 28.01.2018).

¹⁰ См.: *Книпер Р.* Закон и история (о состоянии и изменении Германского гражданского уложения). Алматы: Издат. объединение «Номос» (г. Баден-Баден), 2005. С. 207. См. также: *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С. 321–322; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. М.: Междунар. отношения, 1998. Т. 2. С. 163–168; *Варул П. А.* Распорядительные сделки // Сборник научных статей в честь 60-летия Е. А. Крашенинникова: сб. науч. тр.; ред. П. А. Варул. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 34–42. О предстории вопроса, уходящего в римское право, и неоднозначной его рецепции см.: *Ваке А.* Приобретение права собственности покупателем в силу простого соглашения или лишь вследствие передачи вещи? О расхождении путей рецепции и его возможном преодолении // *Цивилистические исследования*. Вып. первый: сб. науч. тр. памяти профессора И. В. Федорова; ред. Б. Л. Хаскельберг, Д. О. Тузов. М.: Статут, 2004. С. 133–147; *Таламанка М.* Купля-продажа между обязательственным эффектом и переносом собственности // *Вещные права: система, содержание, приобретение*: сб. науч. тр. в честь проф. Б. Л. Хаскельберга; ред. Д. О. Тузов. М.: Статут, 2008. С. 138–162; *Сакко Р.* Переход права собственности на движимое имущество в свете сравнительного права // Там же. С. 163–185; *Зезекало А. Ю.* Исполнение по ошибке и проблема перехода права собственности // Там же. С. 186–200.

¹¹ В советском праве Б. Б. Черепахин, признавая разделение сделок на распорядительные и обязательственные, отмечал, что первые приводят к *абсолютно-правовым* последствиям (в частности, к установлению или переносу права собственности, права залога, права на патент), вторые — создают обязательственные последствия, порождая, изменяя или прекращая обязательство (см.: *Черепахин Б. Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву // *Труды по гражданскому праву*. М.: Статут, 2001. С. 332). В российском праве по этому вопросу см., напр.: *Крашенинников Е. А.* Распорядительные сделки // *Сборник статей памяти М. М. Агаркова*: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2007. С. 22–32. Между тем, по мнению Е. А. Суханова, в гражданском праве России передача вещи — *односторонняя сделка по исполнению договорного обязательства, но не особый «вещный договор»*. Конструкция «вещной сделки» лишает участников договора предоставленной им свободы в установлении его условий, приводит к противоречащему основным принципам отечественного правопорядка смешению вещных и обязательственных прав. Сделка, подчеркивает автор, не может быть вещной или обязательственной, таковыми являются лишь порождаемые ею правоотношения, не случайно, что германский законодатель рассматривает «вещную сделку» не в контексте традиционных понятий «договор» (*Vertrag*) и «сделка» (*Rechtsgeschäft*), а обозначает особым термином — «соглашение» (*Einigung*). В основе цессии, указывает Е. А. Суханов, лежит сделка (возмездная или безвозмездная, одно- или двусторонняя, консенсуальная или реальная и т. д.), сама же цессия — возникшее из такой сделки *обязательство (правоотношение)*, обычно отождествляемое со своим исполнением. Признание цессии распорядительной сделкой, пишет автор, противоречит сложившимся в отечественной цивилистике представлениям о договоре (сделке) как юридическом факте, поскольку «*распорядительная сделка*» *никаких «новых» прав и обязанностей не порождает* (см.: *Гражданское право*: в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2005. Т. II. С. 50–51, в том числе сноска № 1 на С. 51; *Гражданское право*: в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2006. Т. III. С. 43, в том числе сноска № 3).

эффект сделки может касаться *чего-то одного* (установления, изменения или прекращения), в других — он может быть *комплексным* (напр., сделка, устанавливая одни права и обязанности, одновременно изменяет или прекращает другие, ранее установленные); наконец, сделка может оказывать влияние на *права и обязанности*, а также *только на права* или *только на обязанности*¹². И как верно то, что современное определение сделки можно без труда распространить не только на привычные для российского юриста сделки, порождающие обязательства, но и на сделки с иными последствиями, столь же справедливо другое: под современное определение сделки, увы, способны попадать и другие явления, которые не могут и не должны признаваться сделками.

2) Разделению сделок на обязательственные и распорядительные не только не препятствуют, напротив, вполне благоприятствуют такие основополагающие отраслевые принципы, как *автономия воли* и *имущественная самостоятельность* участников гражданско-правовых отношений (см. абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ), а также *свобода сделки и договора* (см. п. 1 ст. 1, подп. 1 п. 1 ст. 8, ст. 421 ГК РФ). Дело в том, что гражданские права и обязанности возникают из договоров и иных сделок, предусмотренных законом, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но и не противоречащих ему (подп. 1 п. 1 ст. 8 ГК РФ), заключенный сторонами договор может быть не только предусмотренным, но и *не предусмотренным* законодательством (см. п. 2 ст. 421 ГК РФ).

3) Известен случай, когда два явления — «распоряжение» и «сделка» — *успешно сосуществуют, будучи связанными «буквой закона»*. Так, совершение завещания — единственно возможный способ

распорядиться имуществом на случай смерти, завещание может содержать *распоряжения* только одного гражданина, при этом оно признается *односторонней сделкой*, совершаемой гражданином при жизни, но создающей права и обязанности лишь после его смерти, т. е. *сделкой с отложенным правовым эффектом* (см. п. 1, 4, 5 ст. 1118 ГК РФ)¹³. Известен и другой случай, когда юридический факт, признанный законом в качестве сделки, имеет настолько необычную конструкцию и внутреннее устройство и потому контрастирует на фоне всех прочих поименованных сделок, что для объяснения его исключительной сущности приходится *отходить от традиционных постулатов (представлений о сделке) и уходить из обязательственно-правовой плоскости в вещную*. В отечественном гражданском праве примером такой сделки был и остается договор дарения, наряду с ним пока еще можно сослаться и на договор факторинга — соотв. § 32 и 43 ГК РФ (подробнее об этом я скажу далее).

4) Наконец, когда привычная для российского юриста конструкция сделки, порождающей обязательство, не справляется с объяснением некоторых гражданско-правовых ситуаций, на помощь приходит другая, менее привычная конструкция сделки-распоряжения. В самом деле, в условиях действующей редакции ст. 224 ГК РФ позиционирование передачи вещи в системе юридических фактов как *сделки* не столь очевидно. Но куда более иллюстративны и доказательны другие правила. Так, в п. 3 ст. 159 ГК РФ *действия во исполнение договора* прямо названы *сделками*, именно *сделкой* называется и *уступка требования* (см. п. 1 ст. 382 ГК РФ), при этом сделке-уступке противопоставляется *договор*, на основании которого *сделка-уступка производится* (см. п. 1, 2 ст. 389.1, абз. 2 п. 1 ст. 390 ГК РФ)¹⁴. Налицо, таким образом, две сделки — первая

¹² Поэтому правило ст. 153 ГК РФ в части использованного в ней соединительного союза «и» нуждается не в буквальном, а в *распространительном толковании*, *de lege ferenda* в него следовало бы внести соответствующее изменение — указать на направленность сделки «на установление, изменение или прекращение гражданских прав *и (или) обязанностей*». Другое место в ст. 153 ГК РФ для явного приложения распространительного толкования — *круг лиц, способных совершать сделки*. Понятно, что хотя законодатель называет в их числе только граждан и юридических лиц, нет никаких причин для исключения из этого списка разнообразных *публичных образований* (см. гл. 5 ГК РФ), коль скоро последние выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на *равных началах* с гражданами и юридическими лицами (см. п. 1 ст. 124 ГК РФ).

¹³ О завещании как распорядительной сделке см.: *Черпахин Б. Б.* Указ. соч. С. 332, 333; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право (курс лекций). Т. III. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. С. 308; Гражданское право: в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2009. Т. 3. С. 580 (автор гл. 66 «Общие положения о наследственном праве» — *В. В. Ровный*).

¹⁴ Признание в ст. 382 ГК РФ уступки требования сделкой было *изначально*, статья 389.1 ГК РФ появилась позднее, как и более поздняя ст. 392.3 ГК РФ, в которой *сделкой* называется *передача договора* — т. е. одновременная передача стороной всех прав и обязанностей по договору (см.: О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу

(базовая) и вторая (совершаемая на ее основании). Причину подобного сделочного «дуализма», его смысл, а также соотношение и взаимодействие между двумя сделками непросто объяснить при одностороннем подходе к сделке как к предпосылке возникновения обязательств. Вопрос этот, однако, легко решается через противопоставление сделки обязательственной и сделки-распоряжения, в противном случае во избежание упреков в «сделочном нагромождении» придется либо критиковать редакцию упомянутых норм и предлагать взамен новые формулировки, либо подыскивать иные (чем основанные на *Trennungsprinzip*) аргументы для оправдания существующей их редакции.

III

Всякая сделка — и обязательственная, и распорядительная — порождают оригинальный правовой эффект. Неверно поэтому говорить, будто бы сделка-распоряжение никаких *новых* прав и обязанностей не создает. Дело в том, что обязательственная сделка, как более привычная для российского юриста, имеет *двойной* правовой эффект — *ближайший* и *конечный*, с первым она связана *напрямую* (*непосредственно*), со вторым — *опосредованно*. Ближайший ее правовой эффект — создание *требования* на стороне кредитора и *обязанности* на стороне должника, конечный — *наступление результата*, на *достижение которого сделка направлена*. Ближайший правовой эффект обязательственной сделки возникает при условии ее *совершённости* (в том числе *заключенности* договора — см. гл. 28 ГК РФ) и *действительности* (см. § 2 гл. 9, ст. 431.1 ГК РФ)¹⁵. Конечный правовой эффект

отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации: Федеральный закон от 21.12.2013 № 367-ФЗ // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6687). В п. 1 ст. 390 ГК РФ правило нового — второго — абзаца вступает в силу с 01.06.2018 (см.: О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 26.07.2017 № 212-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31. Ч. 1. Ст. 4761; см. подп. 7 ст. 1 и п. 1 ст. 9 данного закона).

¹⁵ Категории *совершённости* и *действительности* сделки не подлежат ни смешению, ни подчинению: сам законодатель говорит о *незаключенности* и о *недействительности* договора как о *двух самостоятельных последствиях* (см. п. 3 ст. 406.1, абз. 2 п. 1 ст. 431.2 ГК РФ), признает в качестве самостоятельного *требование* о *признании договора незаключенным* (см. п. 3 ст. 432 ГК РФ), наконец, часто подчеркивает,

обязательственной сделки достигается с *надлежащим исполнением и прекращением возникшего из нее обязательства* (см. п. 1 ст. 408 ГК РФ)¹⁶. У менее привычной для российского юриста сделки-распоряжения такого двойного эффекта нет, ее эффект — *однократный*, правовые последствия — *ближайшие*, а связь с ними — *прямая* (*непосредственная*). Во многих случаях обязательственная сделка предшествует распорядительной, а функция последней состоит в том, чтобы «соединить» первую с ее конечным правовым эффектом, выступить в роли «посредника» («проводника») между ними. Так, сделка купли-продажи *уже давно не связана напрямую с переходом права собственности на вещь от продавца к покупателю*, ее назначение состоит в том, чтобы *создать для этого предпосылку*: породить на стороне продавца *обязанность* (передать вещь покупателю и перенести на него право собственности на эту вещь) и наделить покупателя *правомочием* требовать от продавца ее исполнения¹⁷. Для «преодоления разрыва» между сделкой купли-продажи (с обусловливаемым ею одноименным *обязательством*) и конечным *вещно-правовым* последствием в виде перехода права собственности на проданную вещь продавец должен *передать* вещь, а покупатель — ее *принять*. Если сделка купли-продажи исполняется при самом ее совершении (см. п. 2 ст. 159 ГК РФ), временной разрыв между двумя ее эффектами — ближайшим и конечным — *отсутствует*, несмотря на это, сделка *сохраняет свой остаточный обязательственный эффект* (напр., на тот случай, если

что договор именно *считается незаключенным* (см. п. 7 ст. 449.1, п. 2 ст. 465, ч. 2 ст. 554, абз. 2 п. 1 ст. 555, п. 3 ст. 607, п. 1 ст. 654, п. 3 ст. 812 ГК РФ).

¹⁶ Иные основания прекращения обязательства не приводят к достижению конечного правового эффекта обязательственной сделки: они либо *лишь прекращают обязательство* (см. ст. 413, 415, 416, 418, 419 ГК РФ, в том числе *частично* — см. ст. 410, п. 1 ст. 417 ГК РФ), либо *меняют при этом конечный правовой эффект обязательственной сделки на другой* (см. ст. 409, 414 ГК РФ), иногда последний и вовсе обнаруживается за *пределами сделки* (напр., в виде требования участников сделки о возмещении им убытков в соответствии со ст. 13 и 16 ГК РФ — см. п. 1 ст. 417 ГК РФ).

¹⁷ Согласно ст. 66 ГК 1922 г. право собственности приобретателя возникало в отношении индивидуально определенной вещи *с момента совершения договора*, в отношении вещей, определенных родовыми признаками, — *с момента их передачи*. Этот дуализм двух систем — *консенсуальной* и *передачи (традиции)* — был *императивным*. Позднее была закреплена *единая для всех случаев система традиции*, которую мог изменить закон или договор (см. ч. 1 ст. 30 Основ 1961 г., ч. 1 ст. 135 ГК 1964 г.).

продавец не обеспечит юридическую чистоту отчуждаемого имущества — см. ст. 460, 461 ГК РФ¹⁸).

Передача вещи — акт волеизъявления, требующий участия не менее двух лиц (передающего и принимающего) и состоящий из предложения передать и принять вещь. Таким образом, передача вещи как сделка-распоряжение есть распорядительный договор¹⁹. С передачей вещи от продавца к покупателю переходит *владение вещью* (по крайней мере, на уровне *detentio* или *corpus possessionis*) и, как правило, *право собственности на вещь*. При изменении сторонами диспозитивного правила п. 1 ст. 223 ГК РФ привязка перехода права к совершению самой обязательственной сделки купли-продажи опять-таки «соединяет» два ее эффекта — ближайший и конечный. В этом случае с передачей, совершаемой позднее перехода права собственности, *переходит владение*. Кроме того, поскольку исполнение продавцом обязанности по передаче товара обычно связывается с моментом его *вручения* покупателю (см. абз. 2 п. 1 ст. 458 ГК РФ), с передачей товара от продавца

к покупателю переходит и *риск его случайной гибели (повреждения)* (см. п. 1 ст. 459 ГК РФ)²⁰. С формализацией передачи — подписанием сторонами передаточного акта — переходит риск случайной гибели (повреждения) имущества, переданного в составе предприятия (см. п. 2 ст. 563 ГК РФ). Сходные правила существуют в отношении риска случайной гибели (повреждения) подрядного результата (см. абз. 1 и 3 п. 1 ст. 705, п. 1 ст. 741 ГК РФ)²¹. Если одна и та же вещь одновременно стала предметом нескольких обязательственных сделок, направленных на ее отчуждение, состоявшаяся передача вещи наряду

¹⁸ Подробно об этом см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Обязанность продавца — обеспечить юридическую чистоту отчуждаемого имущества и последствия ее неисполнения // *Цивилистические записки: межвуз. сб. науч. трудов.* М.: Екатеринбург: Статут; Ин-т частного права, 2002. Вып. 2. С. 73–103. В связи с частым совпадением в сделке купли-продажи ее ближайшего и конечного эффекта М. Таламанка пользуется термином «*forma limita*» (пограничная форма) и даже указывает, что процесс идентификации римскими юристами консенсуального контракта *emptio venditio* шел «от обратного», т. е. от уже состоявшегося обмена вещи на деньги к его основанию. Тем не менее автор говорит об «*обязательственной купле-продаже*» и о «*транслятивной купле-продаже*», о двойном значении продажи — как *обязательственного* и *транслятивного* юридического факта (см.: *Таламанка М.* Указ. соч. С. 149–150, 154, 155).

¹⁹ *Передача*, писал Г. Ф. Шершеневич, есть двухсторонний акт овладения, основанный на взаимном согласии прежнего и нового владельца и на действиях той и другой стороны — на вручении и принятии вещи; передача, подчеркивал В. М. Хвостов, есть сочетание двух волей, т. е. договор, притом договор вещный, поскольку устанавливает вещное, а не обязательственное право (см. соотв.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 157; *Хвостов В. М.* Система римского права. М.: Спарк, 1996. С. 240). И хотя насчет природы передачи известны разные мнения, ее следует признать именно *договором*, что уже отмечалось и обосновывалось прежде в работе с моим участием (см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 79 и след.). См. также: *Тузов Д. О.* О правовой природе традиции // Сборник статей к 55-летию Е. А. Крашенинникова: сб. науч. тр.; ред. П. А. Варул. Ярославль: ЯрГУ, 2006. С. 67–69; *Хаскельберг Б. Л.* К вопросу о правовой природе традиции // Там же. С. 120–129.

²⁰ Если продавец считается исполнившим обязанность по передаче товара не в момент его *вручения покупателю*, а в момент его *предоставления в распоряжение покупателя* (см. абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ), переход риска случайной гибели (повреждения) в отношении проданного товара связывается с совершаемыми продавцом *в рамках обязательственной сделки купли-продажи* подготовительными действиями к предстоящей передаче, такими действиями являются, напр., отбор, проверка, маркировка, упаковка, размещение (товара), оповещение (покупателя). Поскольку *готовность товара к передаче и осведомленность покупателя об этом* — лишь *предпосылки к совершению передачи* (но не сама передача), предоставление продавцом товара в распоряжение покупателя *не означает совершения продавцом и покупателем распорядительной сделки*. Назначение правила абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ, согласно которому риск случайной гибели (повреждения) в отношении проданного товара переходит от продавца к покупателю ранее передачи (а значит и ранее перехода владения и права собственности), состоит в *стимулировании покупателей к своевременной выборке подготовленного для них товара* (подробнее см.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Индивидуальное и родовое в гражданском праве. М.: Статут, 2004. С. 103–104, 115–116).

²¹ Риск случайной гибели (повреждения) вещи (см. ст. 211 ГК РФ) — *обременяющий атрибут права собственности*, поэтому несение собственником убытков от случайной гибели (повреждения) своей вещи нельзя считать его *обязанностью*, так как а. *contrario* такая «обязанность» оказывалась бы обязанностью собственника *перед самим собой*. В тех случаях, когда закон или договор возлагают риск случайной гибели (повреждения) вещи не на собственника, а на другое лицо (напр., на покупателя товара — см. абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ, на лизингополучателя — см. ст. 669 ГК РФ), несение риска проявляет себя как установленная законом или договором *обязанность несобственника перед контрагентом*. Так, смысл правила абз. 3 п. 1 ст. 458 ГК РФ состоит в том, что покупатель, не ставший ни владельцем, ни собственником товара, при случайной его гибели (повреждении) *не вправе* требовать от продавца ни предоставления взамен другого товара, ни возврата ранее уплаченной покупной цены, а если последняя не была уплачена — *покупатель обязан ее уплатить*. Смысл правила ст. 669 ГК РФ состоит в том, что убытки при случайной гибели (порчи) предмета лизинга ложатся на лизингополучателя, который *обязан* произвести необходимые расходы в пользу лизингодателя (за свой счет восстановить его имущество в натуре или возместить ему убытки).

с возникшим в результате правом дают соответствующему кредитору *преимущество на оставление вещи* (см. ст. 398 ГК РФ)²². Все это доказывает наличие у передачи оригинального правового эффекта.

Кстати, распоряжения обслуживают не только обязательственные сделки, но и другие юридические факты. Так, решение публичного органа о создании унитарного предприятия и закреплении за ним имущества (см. ст. 114 ГК РФ) — *односторонний правонаделительный административный акт*, а совершаемая для его исполнения передача имущества — *сделка-распоряжение*, которая наделяет созданное предприятие *правом хозяйственного ведения* в отношении имущества учредителя-собственника, а предприятие казенное — *правом оперативного управления* (см. п. 1 ст. 216, ст. 294, 296 ГК РФ)²³. Решение суда об установлении секвестра — *акт судебного органа*, а совершаемая на его основании передача спорной вещи на хранение третьему лицу — *сделка-распоряжение* (см. п. 2 ст. 926 ГК РФ).

IV

Предмет обязательственной сделки купли-продажи (который продавец должен передать покупателю) — *вещи, ценные бумаги и валютные*

²² Увы, подобные случаи «двойной продажи» исключать нельзя. Принимая во внимание два обстоятельства — а) собственник обладает правомочием распоряжения своей вещью (см. п. 1, 2 ст. 209 ГК РФ); б) право собственности на отчуждаемую по договору вещь переходит не в момент заключения договора, а в момент передачи вещи (п. 1 ст. 223 ГК РФ) — собственник может распорядиться своей вещью в том числе и посредством заключения нескольких договоров купли-продажи (вопрос о мотивах такого поведения и добросовестности я сейчас не обсуждаю). Поскольку передача вещи может состояться в пользу *только одного приобретателя*, который в момент передачи ему вещи становится ее *собственником*, это обстоятельство исключает саму возможность *предъявления* к нему в последующем вещного — виндикационного — иска другими «претендентами» на вещь (а ввиду невозможности *предъявления* виндикационного иска бессмысленно обсуждать и какие-либо перспективы его *удовлетворения*). Поэтому «претендентам» остается лишь довольствоваться личным (обязательственным) иском к отчуждателю вещи (бывшему ее собственнику) о *возмещении убытков, причиненных неисполнением договора* (см. ч. 2 ст. 398 ГК РФ).

²³ Подробно см.: Ровный В. В. Модель унитарного предприятия в праве и в законодательстве РФ // Гражданское законодательство: статьи, комментарии, практика / под ред. А. Г. Диденко. Алматы: Юрист, 2004. Вып. 20. С. 220–225.

ценности, имущественные права (см. п. 1, 2, 4 ст. 454 ГК РФ), ему противостоит *денежная сумма* или *цена* (которую покупатель должен уплатить продавцу). Несмотря на то что всякая возмездная сделка — согласованный сторонами экономический баланс предмета и цены, два эти предоставления неравноценны *de jure*. Дело в том, что предмет — *существенное условие* всякого договора (см. абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ), напротив, цена может быть *существенным условием* договора, если: а) это закреплено *нормативно* (см., напр., п. 1 ст. 555, п. 1 ст. 654 ГК РФ); б) определение цены необходимо для договоров данного вида; в) *существенное значение* цены обусловлено заявлением одной из сторон договора. В остальных случаях цена не является *существенным условием* договора, не влияет на его *заключенность*, а ее определению в затруднительных случаях помогает правило п. 3 ст. 424 ГК РФ. Предмет и одновременно предметная особенность *распорядительных сделок* — *переходящее от одного участника к другому субъективное имущественное право*, при этом переходить может *вещное право* (право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления), *право требования, корпоративное право*²⁴, *исключительное право*²⁵. Так, распоряжение собственником

²⁴ В результате реформы гражданского законодательства *корпоративные отношения* и *корпоративные права* выделились из *обязательственных отношений* и *требований* и теперь составляют самостоятельную категорию *имущественных отношений* (прав). Так, согласно обновленному абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ *корпоративные отношения* — составная часть предмета гражданского права, а в обновленной ст. 48 ГК РФ теперь говорится о *корпоративных организациях*, сущность которых раскрывают правила новых ст. 65.1–65.3 ГК РФ. См.: О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ // СЗ РФ. 2012. № 53. Ч. 1. Ст. 7627; О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: Федеральный закон от 05.05.2014 № 99 // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

²⁵ В литературе взгляды на предмет распоряжения разнятся. Так, по мнению одних авторов, предмет распоряжения — *только субъективное право, но не долг*, поэтому перевод долга содержит в себе распоряжение *не долгом, а требованием кредитора*, и именно потому, что при переводе долга должник распоряжается чужим для него правом, перевод долга нуждается в *согласии — разрешении или одобрении* — кредитора (см.: Крашенинников Е. А. Распорядительные сделки. С. 26, в том числе сноска № 8; Он же. Сделки, нуждающиеся в согласии // Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2008. Вып. 15. С. 6, 7). По мнению других авторов, перевод долга опосредствует передачу уже

своей вещью есть распоряжение правом собственности на вещь; распоряжение участником юридического лица своим участием (членством) в нем — распоряжение корпоративным правом, а в том случае, если последнее инкорпорировано в документарной ценной бумаге, — распоряжение правом собственности на соответствующий материальный носитель (акцию); распоряжение лицом принадлежащими ему денежными средствами — распоряжение правом собственности на наличные денежные знаки или требованием в отношении безналичных денежных средств. Для наглядности приведу пример с денежным платежом, который, будучи сделкой-распоряжением, имеет несколько возможных вариантов реализации.

1) *Передача* наличных денежных знаков — т. е. их вручение плательщиком и фактическое поступление во владение получателя (см. п. 1 ст. 224 ГК РФ). Следуя п. 2 ст. 224 ГК РФ и конструкции *traditio brevi manu*, денежный платеж может быть в виде оформленных в этом качестве денег, которые уже находятся у получателя (напр., переданные ему по ранее заключенному договору займа, в котором плательщик был займодавцем, а получатель — заемщиком). Денежный платеж возможен и посредством *traditio longa manu*²⁶. Во всех этих случаях передача денежных средств осуществляется плательщиком получателю непосредственно, в результате чего первый утрачивает, а второй приобретает право собственности на наличные денежные знаки.

2) *Сдача* плательщиком наличных денежных знаков в организацию почтовой связи (банк) для совершения почтового (банковского) перевода денежных средств получателю (см. п. 1 ст. 224 ГК РФ). Перевод плательщиком безналичных денежных средств через банк со своего счета на счет получателя. Списание получателем при помощи банка безналичных денежных средств со счета плательщика. Во всех этих случаях денежный платеж совершается при обязательном участии

существующей обязанности (см.: Павлов А. А. Перевод долга // Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2007. Вып. 14. С. 54).

²⁶ Смысл этой передачи иллюстрирует следующее правило: «Если деньги, которые ты мне должен, или другую вещь я прикажу тебе положить у меня на виду, то происходит то, что и ты сразу же освобождаешься, и вещь становится моей: ведь тогда, поскольку никто не удерживает телесное владение этой вещью, считается, что она приобретена мной и передана мне как бы длинной рукой» (D. 46.3.79).

специализированного «посредника» (организации почтовой связи или банка), действующего на основании самостоятельного договора (об оказании услуг почтовой связи, банковского счета), возможно участие одного или нескольких таких «посредников» (соотв. если плательщик и получатель — клиенты одного или разных банков). В результате перевода (списания) денежных средств плательщик утрачивает право собственности на наличные денежные знаки или требование в отношении безналичных денег, а получатель приобретает требование в отношении безналичных денег к организации почтовой связи (банку).

3) Наконец, передача плательщиком получателю ценной бумаги, напр., векселя или чека (п. 3 ст. 224 ГК РФ). Здесь плательщик утрачивает, а получатель приобретает право собственности на ценную бумагу, дающую требование в отношении денежных средств (см. ст. 815, 879 ГК РФ)²⁷.

V

Допущение в отечественном праве принципа разделения имеет далеко идущие последствия, не все из которых на данном этапе еще до конца осмыслены. Сейчас ограничусь лишь двумя примерами из разных параграфов гл. 9 ГК РФ.

1) В связи с противопоставлением обязательственным сделкам сделок-распоряжений обращение к правилам ст. 157 ГК РФ²⁸ позволяет моделировать два вида отлагательных условий (с одними связывается возникновение обязательства, с другими — возникновение соответствующего имущественного права) и два вида условий отменительных (с одними связывается прекращение обязательства,

²⁷ Прежде это уже отмечалось мной, см.: Ровный В. В. Задаток (теоретический очерк). Иркутск: Изд-во ИГУ, 2012. С. 39–41.

²⁸ Расположение ст. 157 ГК РФ в разделе I «Общие положения», а не в разделе III «Общая часть обязательственного права» позволяет не ограничивать ее применения кругом обязательственных сделок. Другое дело — недавно появившаяся статья 327.1 «Обусловленное исполнение обязательств», применение которой, исходя из ее расположения в ГК РФ и диспозиции содержащейся в ней нормы, ограничивается кругом договорных обязательств. См.: О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

с другими — прекращение соответствующего *имущественного права*), как результат — не две, а *четыре разновидности условных сделок*. С наступлением отлагательного условия в *обязательственной сделке* возникает требование кредитора и обязанность исполнения должника (с его отпадением они не возникают). С наступлением отлагательного условия в сделке-распоряжении на стороне приобретателя возникает соответствующее право (с его отпадением оно не возникает, а возникшее обязательство прекращается невозможностью исполнения — см. ст. 416 ГК РФ). С наступлением отменительного условия в *обязательственной сделке* прекращаются требование кредитора и обязанность исполнения должника. С наступлением отменительного условия в сделке-распоряжении прекращается соответствующее право. Так, в совершенной под отменительным условием сделке *купли-продажи* при безусловности *передачи* вещи наступившее условие прекратит права и обязанности покупателя и продавца *непосредственно (прямо)*, а возникшее у покупателя в результате передачи право собственности на вещь прекратится *через* прекращение этих прав и обязанностей (отпадение основания состоявшейся передачи)²⁹.

²⁹ В связи с существовавшим в римском праве противопоставлением сделок с *обязательственным* и с *реальным* эффектом использование отменительного условия в сделке с реальным эффектом считалось *неправомерным* (и *невозможным*) как ограничивающее эффект такой сделки вопреки самой ее конструкции, а сама такая сделка считалась *ничтожной*. Поэтому вплоть до юстиниановского периода наступившее отменительное условие непосредственно воздействовало *только на обязательственную сделку и погашало ее*, при этом совершенная в соответствии с ней *передача сохранялась*, а приобретатель вещи *оставался ее собственником*, однако за отсутствием обязательственного основания для приобретения права собственности отчуждатель имел в отношении приобретателя *личный иск* (*actio in personam*). В позднем римском праве с умалением разницы между сделками с *обязательственным* и с *реальным* эффектом наступление отменительного условия стало погашать право собственности приобретателя *непосредственно* (см.: *Дождев Д. В.* Римское частное право. М.: Инфра-М–Норма, 1996. С. 160, 163). Г. Дернбург отмечает, что уже с появлением *lex commissoria* и *in diem addictio* отменительное условие стало иметь *сугубо личное последствие* или *более широкое — вещное — действие*: в последнем случае его эффект касается *не только участников сделки, но и третьих лиц*, чьи права основываются на данной сделке, причем прежнее состояние восстанавливается *само собой* так, что всякое произошедшее изменение прекращается *непосредственно* (см.: *Дернбург Г.* Пандекты. Т. 1. Общая часть; пер. с нем. Г. фон Рехенберга; рук. и ред. П. Соколовский. М.: Университетская тип., 1906. С. 307–310). В. М. Хвостов делает акцент на том, что наступившее

В практическом плане интересен и иллюстративен следующий пример. Согласно связанным между собой правилам п. 1 ст. 459 и ст. 458 ГК РФ риск случайной гибели (повреждения) проданного имущества в период между его передачей и до наступления отлагательного условия в *обязательственной сделке* несет *продавец* (который не может считаться исполнившим обязанность по передаче *за отсутствием такой обязанности до наступления условия*); напротив, в *сделке-распоряжении* этот риск несет *покупатель* (т. к. обязанность по передаче *возникла до наступления условия* и совершивший передачу продавец считается ее исполнившим)³⁰.

2) В связи с противопоставлением обязательственным сделкам сделок-распоряжений обращение к правилам § 2 гл. 9 ГК РФ позволяет отдельно решать вопрос о недействительности (оспоримости или ничтожности) обязательственной сделки и сделки-распоряжения, следовательно, отдельно обсуждать все те условия, которые вообще обеспечивают действительность сделки как юридического факта (и пороки, способные вызвать ее недействительность)³¹. «На первый взгляд, — подчеркивал по этому поводу Б. Л. Хаскельберг, — возможность признания передачи недействительной может показаться *нереальной*, поскольку подобные случаи встречаются на практике весьма редко. Но это само по себе не может служить основанием для отрицания такой возможности. Сделка-передача может быть недействительной независимо от действительности той сделки, которая является

отменительное условие имеет *именно вещный эффект* (см. *Хвостов В. М.* Указ. соч. С. 163, 166, 241).

³⁰ См.: *Останина Е. А.* Понятие отлагательных и отменительных условий сделки *de lege ferenda* // Сделки: проблемы теории и практики: сб. статей; рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 247–254; *Крашенинников Е. А.* Разрешение условия // Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2004. Вып. 11. С. 30–34; *Ровный В. В.* Об условности сделки (статья 157 Гражданского кодекса Российской Федерации) // Сиб. юрид. вестн. 2017. № 1. С. 71–82. Примечательно, что BGB не запрещает условную передачу права собственности в отношении движимых вещей (напр., под отлагательным условием полной уплаты покупной цены), но запрещает это в отношении земельных участков (недвижимости) — ср. § 449(1) и 929 с § 925(2).

³¹ О признании недействительной *передачи имущества* см., напр.: *Тузов Д. О.* О правовой природе недействительных сделок // Гражданское законодательство Республики Казахстан: статьи, комментарии, практика / под ред. А. Г. Диденко. Астана: ЗАО Ин-т законодательства Респ. Казахстан, 2002. Вып. 14. С. 193–194.

основанием приобретения права собственности и во исполнение которой передача совершена; тем более она недействительна в случае недействительности последней. В обоих случаях не достигается юридический результат, на который была направлена передача»³².

VI

Особенность конкретной обязательственной сделки предопределяет число необходимых для ее реализации сделок-распоряжений. Так, для реализации сделки купли-продажи (исполнения одноименного обязательства) нужны как минимум два распоряжения: передача продавцом предмета договора и уплата покупателем покупной цены. Как минимум три распоряжения — передача предмета договора арендодателем, последующий его возврат арендатором и уплата последним арендной платы — реализуют арендную сделку. Как минимум два распоряжения — сдача подрядчиком результата работы и уплата заказчиком цены — реализуют подрядную сделку. Для реализации сделки по возмездному оказанию услуги (напр., консультационной, информационной, культурно-зрелищной) может быть и вовсе достаточно одного распоряжения — оплаты заказчиком услуги (причина этого состоит в том, что результат услуги нематериален, неотделим от исполнителя и не способен к передаче, следовательно, он потребляется заказчиком немедленно и без приобретения на него права). Если, однако, обязательство исполняется по частям (напр., товар передается партиями, цена уплачивается в рассрочку), число сделок-распоряжений при одной обязательственной сделке *соответственно возрастает*. В германском праве с этим связывается специфический для сделок-распоряжений принцип *специальности* (*Spezialitätsprinzip*), согласно которому каждое распоряжение распространяется на одно субъективное право, являющееся его предметом³³.

В реальных сделках права и обязанности сторон возникают из *фактического состава*, образованного: а) соглашением в требуемой в подлежащих случаях форме всех существенных условий сделки (см. п. 1

ст. 432 ГК РФ); б) передачей имущества (см. п. 2 ст. 433 ГК РФ). Этот состав может формироваться *произвольно*, при «опережении» передачей соглашения имеет место ее суррогат (*traditio brevi manu*). Поэтому в консенсуальных сделках распоряжения *исполняют* сделку, а в сделках реальных распоряжения необходимы не только для их *исполнения*, но и *совершения*. Так, передача имущества получателем ренты участвует в совершении договора ренты, а периодические рентные платежи — в его исполнении (см. п. 1 ст. 583 ГК РФ). Отличительная черта реальных сделок в сфере услуг — наличие *двух одностипных последовательных распоряжений, из которых одно связано с совершением, другое — с исполнением сделки*. Так, передача груза отправителем перевозчику, передача денег работодателем заемщику, передача денег вкладчиком банку, передача имущества учредителем доверительного управления доверительному управляющему участвуют в *совершении* договоров грузовой перевозки, займа, банковского вклада, доверительного управления имуществом; напротив, последующая выдача груза перевозчиком получателю, возврат денег заемщиком работодателю или банком вкладчику, возврат имущества доверительным управляющим учредителю доверительного управления участвуют в *исполнении* этих договоров (см. п. 1 ст. 785, п. 1 ст. 807 и ст. 810, п. 1 ст. 834, п. 1 ст. 1012 ГК РФ)³⁴.

Существуют, как известно, и универсальные сделки, которые в одном случае могут быть консенсуальными, в другом — реальными. Так, всякая сделка ссуды (см. п. 1 ст. 689 ГК РФ) является *обязательственной*. При ее консенсуальности всякая передача вещи (совершаемая ссудодателем и обратная, совершаемая ссудополучателем) участвует в ее *исполнении*, напротив, при ее реальности передача вещи ссудодателем участвует в ее *совершении*, а обратная передача вещи ссудополучателем — в *исполнении*. Сходные замечания справедливы

³² Хаскельберг Б. Л. Указ. соч. С. 122–123.

³³ См.: Крашенинников Е. А. Распорядительные сделки. С. 27.

³⁴ Согласно изменениям в ГК РФ, вступающим в силу с 01.06.2018, заемная сделка останется реальной в отношении работодателей-граждан, во всех остальных случаях она по усмотрению сторон может быть *реальной* или *консенсуальной* (см.: О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 26.07.2017 № 212-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31. Ч. 1. Ст. 4761; см. подп. 1 ст. 2 и п. 1 ст. 9 данного закона).

и в отношении обязательственной сделки хранения, которая, по общему правилу, является реальной (см. п. 1 ст. 886 ГК РФ) и только в отношении коммерческих организаций и некоммерческих профессиональных хранителей может быть консенсуальной (см. п. 2 ст. 886 ГК РФ). Иное дело — дарственная сделка.

Дарение — *обязательственная сделка* лишь в случае ее *консенсуальности* (если даритель *обязуется передать* одаряемому вещь или право или *освободить* его от обязанности — см. п. 1, 2 ст. 572 ГК РФ). Такая сделка создает для сторон обязанности и права относительно передачи и принятия дара (с учетом специальных правил ст. 573, 577 ГК РФ, обусловленных безвозмездностью дарения), поэтому передача дара (освобождение от обязанности) — распоряжение, *исполняющее* дарственное обязательство. Если, однако, дарение *не является консенсуальной сделкой* (даритель *передает* одаряемому вещь или право или *освобождает* его от обязанности), совершение сделки, возникновение ее правового последствия и ее прекращение происходят *одновременно*. За отсутствием у сторон такой сделки хотя бы одной обязанности она не является обязательственной, это обстоятельство выводит ее из оппозиции <реальное-консенсуальное>, используемой для дифференциации обязательственных сделок, и обособляет в отдельную группу³⁵. Сходные замечания уместны в отношении другой сделки — об отчуждении исключительно права: данная сделка, как и дарение, может быть обязательственной,

³⁵ Известны даже особые термины — «*вещный договор*» (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 227–228, автор гл. IV «Договор-правоотношение» — М. И. Брагинский; Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. С. 27), «*договор-сделка*» (см.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 339, автор гл. XII «Договор дарения по современному российскому гражданскому праву» — В. В. Витрянский), «*ручное дарение*» (см.: Крашенинников Е. А. Правовой характер дарения // Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2007. Вып. 14. С. 74). Возможно, именно вещный (ручной) вариант дарения наиболее распространен, принимая во внимание безвозмездность дарения и ту преимущественную сферу, в которой оно используется. Не случайно, что в определении договора дарения законодатель прежде упоминает *вещную (ручную)* модель, затем — *консенсуальную* (см. п. 1 ст. 572 ГК РФ). Сходным образом обстоит дело при определении договора об отчуждении исключительного права (см. п. 1 ст. 1234 ГК РФ), напротив, при определении договора ссуды сначала упоминается *консенсуальная* модель, затем — *реальная* (п. 1 ст. 689 ГК РФ).

но она не будет таковой, если правообладатель *передает* исключительное право приобретателю на *безвозмездных началах* (см. п. 1 и 3 ст. 1234 ГК РФ). Отсюда следует, что совокупность двух условий — а) наличие у сторон сделки права самим определить момент ее совершения и их выбор не в пользу консенсуальной модели; б) две присущие сделке особенности — бесповоротность передачи блага и безвозмездность отношений — предпосылает эффект *самодостаточности распоряжения* или «*замещения*» («*вытеснения*») *распоряжением обязательственной сделки*.

Тем более особых слов заслуживает факторинговая сделка, специфика которой по сравнению со всеми рассмотренными выше сделками состоит в том, что она: а) может свободно строиться по модели как консенсуального договора, так и реального; б) в последнем случае ее совершение может быть связано с действием любой ее стороны — как финансового агента, так и его клиента (см. п. 1 ст. 824 ГК РФ). Отсюда несложно предположить следующее.

1) Если факторинговая сделка совершается на условиях, когда финансовый агент *обязуется передать деньги*, а клиент *обязуется уступить требование*, имеет место консенсуальная обязательственная сделка и две направленные на ее *исполнение* сделки-распоряжения (по передаче денег и уступке требования).

2) Если факторинговая сделка совершается на условиях, когда финансовый агент *передает деньги*, а клиент *обязуется передать требование*, имеет место реальная обязательственная сделка и две сделки-распоряжения, из которых одна (передача денег) связана с ее *совершением*, а другая (уступка требования) — с ее *исполнением*.

3) Если факторинговая сделка совершается на условиях, когда клиент *уступает денежное требование*, а финансовый агент *обязуется передать деньги*, имеет место реальная обязательственная сделка и две сделки-распоряжения, из которых одна (уступка требования) связана с ее *совершением*, а другая (передача денег) — с ее *исполнением*. Здесь, правда, приходится сталкиваться со следующим противоречием. Согласно легальному определению факторинговой сделки, содержащемуся в абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК РФ, предоставление финансовым агентом денежных средств обязательно должно быть *в счет* (т. е. *прежде*) уступленного клиентом требования. Но в таком случае непонятно, как надлежит соотносить между собой три содержащиеся в этом определении

выражения — «*обязуется передать*» (денежные средства), «*в счет*» и «*уступает*» (денежное требование), т. е. непонятно, возможно ли вообще, чтобы клиент для совершения сделки уступал денежное требование, финансовый агент в целях ее исполнения обязывался к передаче денежных средств, при этом не нарушалось бы требование более раннего совершения второго действия относительно первого?!³⁶

4) Наконец, если факторинговая сделка совершается на условиях, когда финансовый агент *передает деньги*, а клиент *передает требование*, а также если при этом предположить, что более у сторон никаких обязанностей нет, данная сделка не может считаться обязательственной, *вместо привычной обязательственной сделки здесь имеют место две «замещающие» ее сделки-распоряжения* (передача денег и уступка требования)³⁷.

Поспешу оговориться, что именно так дело обстоит сейчас, на момент написания этой статьи. Однако уже очень скоро из четырех указанных вариантов останется только один — первый: современный законодатель, изменив правило абз. 1 п. 1 ст. 824 ГК РФ, подчинил факторинговую сделку исключительно консенсуальной модели, а значит, сделал ее *только обязательственной*, а возможные сделки-распоряжения связал *только с ее исполнением*³⁸.

VII

В литературе нет единого мнения по вопросу каузальности или абстрактности сделок-распоряжений. Так, одни авторы считают передачу вещи каузальной сделкой³⁹, другие отмечают, что распоряжения

³⁶ Прежде я уже обращал внимание на это противоречие, см.: *Ровный В. В.* Задаток (теоретический очерк). С. 24–25.

³⁷ См. об этом: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. С. 28–29.

³⁸ Новая редакция ст. 824 ГК РФ вступает в силу с 01.06.2018 (см.: О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 26.07.2017 № 212-ФЗ // СЗ РФ. 2017. № 31. Ч. 1. Ст. 4761; см. подп. 15 ст. 2 и п. 1 ст. 9 данного закона).

³⁹ См.: *Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В.* Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве. С. 84; *Тузов Д. О.* О правовой природе традиции. С. 75–77, 84; *Хаскельберг Б. Л.* Указ. соч. С. 123, 129–136. О каузальности уступки требования

абстрактны в большинстве случаев, к таковым относится и передача⁴⁰, третьи определенно пишут о том, что с принципом *разделения* связан другой принцип — *абстракции* (Abstraktionsprinzip), согласно которому *каузальны* обязательственные сделки, а распоряжения *абстрактны*⁴¹. Признание за сделкой-распоряжением каузальности означает, что переход права здесь может состояться *лишь в том случае, если лежащая в ее основании обязательственная сделка совершена и действительна*. Напротив, признание за сделкой-распоряжением абстрактности означает, что она способна обеспечить переход права *независимо от качества лежащей в ее основании обязательственной сделки*. Принципиальность этого различия вполне очевидна. Так, из признания за передачей вещи каузальности следует, что при отсутствии качества у лежащей в ее основании обязательственной сделки отчуждатель вправе *виндицировать* переданную вещь у приобретателя. Напротив, из признания за передачей вещи абстрактности следует, что в сомнительных случаях отчуждатель сохраняет право только на менее отвечающий его интересам *обязательственный (личный) иск* к приобретателю. Выходит, что идея каузальности передачи вещи выгодна ее *отчуждателю*, тогда как идея абстрактности передачи вещи выгодна ее *приобретателю*, благоприятствует *динамике* общественных отношений, а значит, служит целям *гражданского оборота*.

В российском гражданском праве *нет* оснований для признания за передачей вещи свойства абстрактности, недопустимо при этом считать передачу абстрактной сделкой лишь потому, что именно так принято в Германии или в Эстонии. Так, в уже упоминавшейся выше ст. 6 Закона об общей части Гражданского кодекса Эстонии вполне определенно говорится следующее: «(3) Права и обязанности

и перевода долга в советском праве см., напр.: *Новицкий И. Б., Луцк Л. А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 224, 232 (автор гл. IV «Перемена лиц в обязательстве» — *И. Б. Новицкий*).

⁴⁰ См.: *Власова А. В.* Абстрактные обязательственные договоры // Очерки по торговому праву: сб. науч. тр.; ред. Е. А. Крашенинников. Ярославль: ЯрГУ, 2002. Вып. 9. С. 12; *Грачев В. В.* Правовая природа традиции // Сборник статей к 55-летию Е. А. Крашенинникова: сб. науч. тр.; ред. П. А. Варул. Ярославль: ЯрГУ, 2006. С. 32–35.

⁴¹ См.: *Варул П. А.* Указ. соч. С. 35–38.

передаются сделкой по их передаче (распорядительная сделка)... (4) Действительность распорядительной сделки не зависит от действительности сделки, обязывающей передать права и обязанности». Но в гражданском законодательстве Российской Федерации ничего подобного нет⁴². Поэтому принципиальная ошибка сторонников абстрактности передачи в российском праве состоит в том, что свой вывод они основывают на механическом заимствовании зарубежного опыта и принимают его без учета особенностей национального законодательства, принимают как должное, само собой разумеющееся и аксиоматичное. Между тем примечательно, что вопрос о каузальности или абстрактности той же передачи вещи неоднозначно решался уже в римском праве⁴³, а от *Abstraktionsprinzip* сегодня предлагают отказаться даже на его родине — в Германии⁴⁴.

Из сказанного следует, что допущение в гражданском праве России принципа разделения не означает автоматического признания также и принципа абстракции: если результаты принципа разделения *не противоречат* определению сделки (см. ст. 153 ГК РФ) и даже

находят «понимание» и поддержку со стороны отдельных норм права, то идея абстрактности, напротив, *нормами ГК РФ не поддерживается*. Поскольку свойство абстрактности сделки — исключение из общего правила о каузальности, это свойство должно получить соответствующую оговорку (для примера можно сослаться на правила п. 1 ст. 370, ст. 815, п. 1 ст. 877 ГК РФ). Такая оговорка должна содержаться или в общем правиле, посвященном всем и всяким распоряжениям, или в правилах о конкретных распоряжениях (в частности, в ст. 224 ГК РФ). Нельзя поэтому согласиться с тем, что сделка является абстрактной лишь потому, что в законе нет упоминания о ее основании как необходимом условии ее действительности⁴⁵: если рассуждать так, то свойство абстрактности станет общим правилом, а значит, абстрактными придется признавать значительное число сделок. Таким образом, сторонникам идеи абстрактности передачи в российском праве надлежит решить как минимум две задачи: а) теоретически обосновать ее необходимость и предпочтительность перед идеей каузальности (в том числе определиться с тем, на какие случаи использования этой сделки ее целесообразно распространить); б) добиться внесения соответствующих поправок в закон (в том числе в необходимых случаях согласовать существующие нормы с предлагаемыми к внедрению поправками в целях их гармонизации).

⁴² О специфическом отношении к абстрактным сделкам в советском праве см., напр.: Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность: курс советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1954. С. 32–33; Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. С. 206–207.

⁴³ О противоречиях в этом вопросе в тексте Дигест (ср. D.12.1.18.pr.; D.41.1.31.pr. и D.41.1.36) и господствующем среди современных авторов взгляде на *traditio* как на абстрактную сделку см.: Хвостов В. М. Указ. соч. С. 240–241; Новицкий И. Б. Основы римского гражданского права. М.: Зерцало, 2000. С. 93–94; Римское частное право / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М.: Юрист, 2001. С. 188–190 (автор разд. V «Права на вещи» — В. А. Краснокутский); о каузальности *traditio* см.: Дождев Д. В. Указ. соч. С. 131; Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М.: Зерцало-М, 2003. С. 157–158.

⁴⁴ Профессор Рольф Книпер (Бремен) говорит о введенном Ф. К. фон Савиньи вещно-правовом принципе *Abstraktionsprinzip* как о *пресловутом, чуждом жизни и чрезмерном* (см.: Книпер Р. Указ. соч. С. 206). Доктрина, как указывает профессор Андреас Ваке (Кельн), с полным основанием подвергла принцип абстракции резкой критике, сформулировав многочисленные предложения, направленные на ограничение сферы его применения. Категоричный итоговый тезис автора звучит так: «Принцип абстракции, типичный для германского правового образа мышления, не может более поддерживаться по соображениям правовой политики. При реальном проведении в BGB идеи защиты доверия и доброй совести в этом принципе уже нет более надобности с точки зрения защиты приобретателя» (см.: Ваке А. Указ. соч. С. 137, 146).

⁴⁵ См.: Павлов А. А. Указ. соч. С. 54.

Д. О. ТУЗОВ*

НЕОСНОВАТЕЛЬНОЕ ОБОГАЩЕНИЕ СОБСТВЕННИКА ПРИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ОТЧУЖДЕНИЯ И «ЛОЖНЫЙ ПРАВОВОЙ ПУРИЗМ» В ОПРЕДЕЛЕНИИ НАДЛЕЖАЩИХ СРЕДСТВ ЗАЩИТЫ**

I. Предварительные замечания и постановка проблемы

В отечественной доктрине и судебной практике, как известно, давно утвердился подход, основанный на четком разграничении так называемой реституции, т. е. меры, предусмотренной п. 2 ст. 167 ГК РФ, и притязания, основанного на обязательстве из неосновательного обогащения¹.

Ранее² мне уже приходилось выступать с критикой этого подхода и достаточно писать по поводу соотношения данных средств защиты,

* Тузов Даниил Олегович — доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета (Санкт-Петербург).

** В основу значительной части настоящей статьи положен доклад, сделанный мною на Всероссийской научно-практической конференции «Правовые проблемы укрепления российской государственности» (Томск, ТГУ, 26 января 2018 г.).

Многие положения настоящей статьи основываются на выводах, полученных в результате научных занятий, проведенных мной в тесном общении с моим дорогим учителем и другом Борисом Лазаревичем Хаскельбергом, в сборнике памяти которого я и решил опубликовать эти страницы.

¹ 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. М.: М-Логос, 2018 (автор комм. к ст. 167 ГК — Д. О. Тузов). С. 455 и далее.

² Назову здесь лишь основные работы на эту тему: Тузов Д. О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве. М.: Статут, 2007. С. 74 и далее (о соотношении с кондикцией: с. 138 и далее); *он же*. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. С. 396 и далее (о соотношении с кондикцией: с. 467 и далее); Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса

отстаивая точку зрения о несамостоятельности реституции как охранительной меры, о том, что в действительности она выражается (или, во всяком случае, должна выражаться), в зависимости от конкретных обстоятельств, в «классических» гражданско-правовых притязаниях, используемых со времен римского права и по сей день во многих современных правовых порядках, одним из которых является притязание *кондикционное* (т. е. о возврате «недолжно уплаченного», так как предоставление производится в отсутствие долга, правового основания) или *из неосновательного обогащения* (поскольку возможное увеличение имущества стороны является неосновательным)³.

Известно, что у получателя по недействительной сделке нередко возникает имущественная выгода. Это может происходить или с самого начала, в момент предоставления, если последнее выразилось, например, в оказании услуг, уплате денежной суммы, или впоследствии, если была передана вещь и ее возврат невозможен (т. е. при последующей невозможности реституции владения), но у получателя, тем не менее, осталась выгода. Имущественная выгода получателя может состоять либо в неосновательном получении имущества (если, например, предоставление выразилось в деньгах или вещь, подлежащая возврату, возмездно отчуждена третьему лицу), либо в его неосновательном сбережении (например, если полученное благо потреблено самим получателем).

При этом возникающее у другой стороны той же сделки реституционное притязание ничем не отличается от кондикционного притязания и принимает, по существу, форму обязательства из неосновательного обогащения, а объем компенсационной реституции должен здесь определяться размером обогащения получателя. Тем не менее согласно упомянутому господствующему подходу возврат неосновательного

Российской Федерации. С. 429 и далее (о соотношении с кондикцией: с. 454 и далее).

³ Притязание о возврате неосновательного обогащения (*condictio indebiti*) и притязание о возврате неосновательного обогащения, которые в отечественном праве смешиваются даже на законодательном уровне (см. гл. 60 ГК РФ), в действительности не совпадают: при неосновательности предоставления (являющемся основанием для кондикции) не всегда имеет место обогащение получателя (например, если переданная вещь не переходит в его собственность). В настоящей статье, однако, следуя привычной терминологии, мы не будем придавать значение этому различию.

обогащения и в этом случае производится в порядке реституции, на основании п. 2 ст. 167 ГК РФ.

В настоящей статье рассмотрим лишь частный — но, вероятно, практически наиболее значимый — пример описанной ситуации, а именно случай, когда предоставление по недействительной сделке выразилось в передаче другой стороной (собственником) принадлежащей ей вещи, сохранившей и после передачи свои индивидуальные признаки. Необходимо иметь в виду, что исполнение ничтожной сделки не может перенести на приобретателя право собственности: распорядительный акт во исполнение обязательственной сделки, будучи вообще каузальным, в данном случае недействителен ввиду отсутствия каузы, т. е. ничтожности указанной основной, обязательственной сделки. Следствием этого является то, что производящая отчуждение сторона сделки сохраняет свое право на переданное имущество.

Прежде чем обратиться к вопросу о соотношении реституции с кондикционным притязанием, выясним, как может повлиять на их реализацию против получателя по недействительной сделке возможное осуществление другой стороной той же сделки (собственником переданной вещи) притязания по отношению к третьему лицу, у которого вещь оказалась, а именно *виндикационного* притязания, направленного на защиту того же (или, во всяком случае, сходного) интереса. Ибо очевидно, что реальное осуществление обоих притязаний привело бы к неосновательному обогащению уже самого собственника. Иными словами, необходимо установить, каков превентивный механизм, направленный на недопущение обогащения собственника еще на стадии защиты им своих интересов.

После этого будут рассмотрены средства защиты, направленные, в свою очередь, против собственника, неосновательно обогатившегося вследствие исполнения недействительной сделки или защиты им своих интересов.

II. Конкуренция исков в защиту собственника при последующем отчуждении вещи

Если переданная по недействительной сделке вещь перешла по последующей сделке к третьему лицу, то защищать свои интересы

собственник по действующему законодательству может двумя способами: (а) виндикацией собственной вещи от третьего лица (если, конечно, последнее не стало собственником на основании ст. 302 ГК РФ как добросовестный приобретатель); (б) получением от контрагента по недействительной сделке стоимости вещи в порядке компенсационной реституции (ст. 167 ГК РФ), о которой было сказано выше (в зависимости от конкретных обстоятельств дела это может быть односторонняя реституция, если собственник не получил встречного предоставления, или же, в противном случае, элемент двусторонней реституции).

Как соотносятся эти конкурирующие требования друг с другом? Возможно ли их одновременное осуществление? Препятствует ли осуществление одного из них реализации другого?

Ни закон, ни доктрина, ни судебная практика не дают ответов на эти вопросы. Исключение, впрочем, составляет специальная ситуация, а именно когда собственник находится в состоянии банкротства. Применительно к ней в практике ВС РФ выработались некоторые правила, направленные на недопущение одновременного осуществления собственником двух притязаний — реституции против контрагента по недействительной сделке и виндикации против третьего лица — конечного приобретателя вещи. В п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 разъясняется следующее: «Принятие судом в деле о банкротстве судебного акта о применении последствий недействительности первой сделки путем взыскания с другой стороны сделки стоимости вещи не препятствует удовлетворению иска о ее виндикации. Однако если к моменту рассмотрения виндикационного иска стоимость вещи будет уже фактически полностью уплачена должнику стороной первой сделки, то суд отказывает в виндикационном иске» (абз. 3). И далее: «При наличии двух судебных актов (о применении последствий недействительности сделки путем взыскания стоимости вещи и о виндикации вещи у иного лица) судам необходимо учитывать следующее. Если будет исполнен один судебный акт, то исполнительное производство по второму судебному акту оканчивается судебным приставом-исполнителем в порядке статьи 47 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»; если будут исполнены оба судебных акта,

то по позднее исполненному осуществляется поворот исполнения в порядке статьи 325 АПК РФ» (абз. 4)⁴.

Из этих разъяснений можно сделать следующие основные выводы.

Во-первых, оба притязания могут быть реализованы в судебном порядке независимо друг от друга: судом подлежат удовлетворению оба иска, направленные на осуществление этих притязаний. Мотивы такого решения вполне понятны. Собственник не может быть вполне уверен ни в исходе судебного процесса, ни в том, что, если его иск и будет удовлетворен, судебное решение по нему будет реально исполнено (ответчик может оказаться несостоятельным, виндигированная вещь может выйти из его владения или погибнуть и т. п.). Поэтому для наиболее полной защиты интересов собственника (а следовательно, также и его кредиторов) допускается одновременное использование им обоих возможных способов защиты.

Однако, во-вторых, виндикация от третьего лица становится невозможной (виндикационный иск не подлежит удовлетворению), если собственник *уже получил* компенсацию стоимости вещи от контрагента по недействительной сделке в порядке реституции (при этом

ВС оставляет открытыми вопросы о правовом основании ограничения виндикации и о принадлежности вещи с момента осуществления реституции).

В-третьих, следует, видимо, предположить, что согласно этой же логике должна исключаться и обратная ситуация: реальное получение собственником своей вещи от третьего лица в порядке виндикации будет препятствовать удовлетворению реституционного иска⁵.

В-четвертых, хотя и допускается, как было сказано выше, удовлетворение обоих исков (если собственник на момент их рассмотрения еще не получил реально компенсацию стоимости своей вещи или саму эту вещь), однако на стадии исполнительного производства исключается исполнение одного из соответствующих судебных актов в случае реального исполнения другого: в этом случае исполнительное производство по еще не исполненному судебному акту оканчивается судебным приставом-исполнителем.

Таким образом, при попытке одновременной реализации собственником рассматриваемых правопритязаний он встречает препятствие в тот момент, когда такая реализация привела бы к его неосновательному обогащению, т. е., иными словами, когда его действия, по сути, становятся недобросовестными. Думается, что идея, лежащая в основании такого подхода, является универсальной и не ограничивается спецификой дел о банкротстве⁶.

Надо отметить, что рассматриваемое решение проблемы родилось из практики. Оно не имеет основания в каких-либо законодательных определениях. В частности, к данной ситуации неприменимо правило о недопустимости тождественного иска, ибо совершенно очевидно, что иски здесь не являются тождественными — ни по предмету, ни по субъектному составу.

⁴ Данные разъяснения недавно получили конкретизацию при рассмотрении одного из дел Коллегией по экономическим спорам ВС РФ (см.: Определение КЭС ВС РФ от 9 октября 2017 г. № 308-ЭС15–6280). Процитируем интересующие нас положения полностью: «Действующее законодательство допускает защиту конкурсной массы как путем предъявления арбитражным управляющим иска о признании недействительной первой сделки об отчуждении имущества должника и применении последствий ее недействительности в виде взыскания стоимости отчужденного имущества с первого приобретателя (статьи 61.1, 61.6 Закона о банкротстве), так и путем предъявления иска об истребовании этого же имущества из незаконного владения конечного приобретателя (статья 301, 302 Гражданского кодекса Российской Федерации). По смыслу разъяснений, данных в абзаце четвертом-пятом пункта 16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», виндикационный иск не подлежит удовлетворению, если к моменту его рассмотрения стоимость вещи уже будет полностью возвращена должнику стороной первой сделки. В иных случаях допускается вынесение двух судебных актов (о применении последствий недействительности сделки путем взыскания стоимости вещи с первого приобретателя и о виндикации той же вещи у конечного приобретателя). При наличии таких судебных актов, если один из них будет исполнен, исполнительное производство по второму оканчивается судебным приставом-исполнителем в порядке статьи 47 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»».

⁵ См. также: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 458 сн. 1 (прим. отв. ред. — А. Г. Карапетова).

⁶ Ср. замечание на этот счет А. Г. Карапетова: «Вопрос о том, насколько тот же подход обоснован в ситуации, не связанной с банкротством собственника, пока в судебной практике однозначно не разрешен. Но в целом позиция, исключающая возможность неосновательного обогащения собственника уже на стадии удовлетворения его исков к первому или конечному приобретателям либо на стадии исполнительного производства, кажется логичной» (там же).

Правовое основание такому решению можно найти лишь в принципе недопустимости недобросовестного поведения, каковым в данном случае следовало бы считать поведение собственника, направленное на его неосновательное обогащение, а формальное (нормативное) основание для отказа в удовлетворении одного из рассматриваемых притязаний (если второе притязание уже реально удовлетворено) — в ст. 10 ГК РФ.

В свою очередь, принцип недопустимости неосновательного обогащения одного лица за счет другого объясняется применительно к анализируемой ситуации самой природой *рейперсекutorных исков*, каковыми являются оба конкурирующих средства защиты собственника, как, впрочем, вообще любые средства защиты в современном гражданском праве, направленные на имущественное взыскание. Эта природа соответствует общей *восстановительной* функции гражданского права и выражается, соответственно, в восстановительном характере указанных исков, в их направленности исключительно на приведение имущественного положения лица, право или интерес которого требует защиты, в состояние, имевшее место до нарушения. Из этого вытекает неписаное правило о недопустимости одновременного или последовательного использования двух или нескольких средств рейперсекutorной защиты (в смысле их реального осуществления), ибо такое использование неизбежно привело бы к неосновательному обогащению.

Подобная проблематика была хорошо известна уже римским юристам, сформулировавшим принцип *«bis de eadem re ne sit actio»* (лат.: «Да не будет дважды иска об одном и том же»), содержание которого далеко не исчерпывалось правилом о недопустимости тождественного иска в его современном понимании. При последующем предъявлении иска, хотя бы и отличного от ранее заявленного, римская юриспруденция часто признавала, что речь идет все же об «одном и том же» (*eadem res*), если оба иска основывались на тех же фактических предпосылках и были направлены на сходный практический результат⁷. При этом можно сказать, что сходство практического результата определялось

⁷ Arangio-Ruiz V. Istituzioni di diritto romano. 14^a edizione riveduta (rist. anastatica). Napoli, 1976. P. 159.

самим рейперсекutorным характером исков (соответственно результат, напротив, не был сходным, если наряду с рейперсекutorным использовался штрафной иск). В таких случаях действовало правило *«altera electa alteram consumi»* (D. 44, 7, 34 pr.): «Один [иск] выбран, другой — погашается». Хотя конкретные решения разнообразных практических казусов в сфере этой проблематики не были одинаковыми, все же наблюдается «общая тенденция применять рассматриваемый принцип ко всем искам, преследующим цель сохранения — в данной практической ситуации — имущественной целостности...»⁸. Не составляла исключения, разумеется, и виндикация, являвшаяся типичным примером рейперсекutorного иска.

Юридино-техническое средство реализации рассматриваемого правила применительно к последующему иску могло состоять, например, в отказе претора предоставить заинтересованному лицу этот иск (*denegatio actionis*), в выдвижении ответчиком эксцепции о недобросовестности истца (*exceptio doli generalis*), в отказе судьи удовлетворить иск независимо от указанной эксцепции (последнее, по-видимому, было возможно в процессах по искам доброй совести и в экстраординарном процессе).

Несмотря на авторитетность этого освященного романистической традицией подхода, возможно, как представляется, и другое решение проблемы. На мой взгляд, собственник должен всегда иметь право на виндикацию своей вещи⁹, даже если до этого он добился осуществления в свою пользу компенсационной реституции за счет другой стороны недействительной сделки. Другое дело, что, сохранив свое право собственности, он будет считаться неосновательно обогатившимся, а значит, против него изначально, с момента получения стоимости вещи, возможен иск о неосновательном обогащении (о чем еще будет сказано ниже). Следует учитывать, что получение собственником компенсации вовсе не означает, что «собственник отказывается от своего права собственности, и последнее переносится на первого

⁸ Ibid. P. 160.

⁹ За исключением, разумеется, установленного ст. 302 ГК РФ ограничения виндикации. Впрочем, в этом случае происходит смена собственника спорной вещи (им становится добросовестный приобретатель), поэтому об «ограничении виндикации собственника» здесь, строго говоря, речи и не идет.

приобретателя, а затем автоматически и на конечного приобретателя»¹⁰. Компенсация сама по себе не является основанием прекращения права собственности. Поэтому, если принять описанный выше подход, то создавалась бы ситуация, когда лицо, оставаясь собственником вещи, не могло бы виндигировать ее, а приобретатель, у которого таким образом оставалась бы вещь, не приобретал бы на нее права. Оправданно ли создавать еще одно (прямо не предусмотренное законом) основание ограничения виндикации и решать обозначенную проблему разъединения права собственности и фактического владения при помощи института приобретательной давности (к тому же доволно несовершенно в отечественном праве)? Думается, что нет¹¹.

Казалось бы, однако, что в случае с банкротством более предпочтительным *prima facie* является изложенное выше романистическое решение, воспринятое практикой ВС РФ. «Применительно к ситуации банкротства собственника, — комментирует его А. Г. Карапетов, — такое решение кажется разумным, так как в ином случае конкурсная масса может прирасти неосновательно, а исправить ситуацию за счет предъявления к собственнику иска о возврате неосновательного обогащения первым приобретателем, возместившим ранее по суду стоимость вещи в порядке компенсационной реституции, будет после ликвидации собственника в результате банкротства проблематично. Иначе говоря, здесь логично пресекать неосновательное обогащение *ex ante*»¹².

¹⁰ Такое сомнение высказывает А. Г. Карапетов: «Впрочем, не вполне ясно последствие получения компенсационной реституции с точки зрения прав собственности на вещь: означает ли получение собственником компенсации, что собственник отказывается от своего права собственности и последнее переносится на первого приобретателя, а затем автоматически и на конечного приобретателя? Пока данный вопрос не имеет ясного ответа в российской судебной практике» (Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 458 сн. 1 [прим. отв. ред.]).

¹¹ При этом снимался бы сам собой и следующий (казалось бы, неразрешимый) вопрос, поставленный А. Г. Карапетовым: «...Не вполне ясно, как следует поступить в ситуации, когда собственник получил лишь часть той денежной компенсации, которую присудил суд...: блокируется ли возможность виндикации в такой ситуации? Логично предположить, что нет. Но что если решение суда о компенсационной реституции было исполнено на 99 %, после чего первый приобретатель впал в банкротство? Вопрос пока не имеет ответа» (там же).

¹² Там же.

Данное замечание кажется не лишенным оснований, однако специфика дел о банкротстве требует, по-видимому, более специализированного дискурса, который здесь не может быть предпринят. Ограничусь лишь общим замечанием, что указанная специфика, как представляется, отнюдь не исключает и предложенного нами подхода. Не вдаваясь в технические детали и терминологию процессуального права, можно предположить, что одним из возможных выходов из положения, позволяющим примирить право собственника на виндикацию с потребностью не допустить его обогащения, могло бы стать удовлетворение судом виндикационного иска собственника лишь при условии возврата последним суммы компенсации стоимости вещи, полученной им ранее в порядке реституции. При максимальной защите интересов собственника такое решение позволило бы предотвратить как неосновательное обогащение последнего, так и неосновательное приращение конкурсной массы.

III. Реституция и кондикция против неосновательно обогатившегося по недействительной сделке собственника

Перейдем теперь к другому из обозначенных выше аспектов темы, а именно к средствам истребования у собственника полученного им неосновательного обогащения. В первую очередь нас интересуют отношения, возникающие между сторонами недействительной сделки, одной из которой является собственник, передавший по этой сделке свое имущество.

Его неосновательное обогащение выражается в получении им оплаты за переданную вещь, о чем еще будет сказано ниже. Однако согласно господствующему подходу обратное истребование у него суммы оплаты происходит в рамках осуществления реституционно-го, а не кондикционного притязания, т. е. в порядке п. 2 ст. 167 ГК РФ.

С другой стороны, в последнее время обозначается также иная, противоположная тенденция в данном вопросе. В тех случаях, когда строгое следование господствующей концепции приводило бы к явной несправедливости, суды, как будет подробнее показано далее, иногда отступают от нее в пользу признания в отношениях между сторонами недействительной сделки обязательства из неосновательного

обогащения и, следовательно, возможности истребования полученных одной из сторон этой сделки сумм с помощью соответствующего иска.

Исходной предпосылкой такого решения является тот очевидный факт, что неосновательное получение или сбережение определенной имущественной выгоды вследствие именно исполнения недействительной сделки вовсе не исключает одновременную квалификацию полученного или сбереженного имущества в качестве неосновательного обогащения. Соответственно и требование о возврате этого обогащения обладает всем необходимым набором признаков для его квалификации (если не принимать во внимание господствующую концепцию реституции) как иска из неосновательного обогащения.

Сказанное верно и для тех случаев, когда соответствующее представление произведено в качестве оплаты за вещь, полученную от ее собственника. На первый взгляд может показаться, что здесь нет никакого неосновательного обогащения: действительно, ведь оплату собственник получает в обмен на передаваемую им вещь, поэтому если и можно было бы говорить о неосновательности получения (сделка недействительна), то во всяком случае не об обогащении. Вместе с тем при более детальном анализе оказывается, что дело обстоит иначе.

Поскольку недействительная сделка не порождает правовых последствий, в частности не может служить основанием для перехода вещного права, отчуждатель по такой сделке продолжает сохранять свое право собственности и может защищать его посредством иска, истребуя свою вещь или от другой стороны недействительной сделки в порядке *реституции владения*, или же от третьего лица, если оно не стало собственником в силу ст. 302 ГК РФ, посредством *виндикации*, о чем уже было сказано выше.

Понятно, что, до тех пор пока собственник не получает оплату за вещь по недействительной сделке, невозможно говорить о его каком-либо обогащении: на его стороне имеет место лишь утрата владения. Способы защиты собственника в этой ситуации уже были рассмотрены выше.

Рассмотрим теперь ситуацию, когда собственник получает от контрагента по недействительной сделке оплату за переданную ему вещь. Поскольку, как уже было отмечено выше, отчуждатель продолжает

сохранять свое право собственности (независимо от вопроса о возможной госрегистрации его перехода) и может защищать его посредством иска, истребуя свою вещь, он тем самым неосновательно обогащается за счет приобретателя, который утрачивает часть своего актива, получая взамен не право собственности на переданную ему вещь, а лишь беститульное владение ею. При этом неосновательное обогащение возникает у собственника уже в самый момент получения покупной цены за отчужденное имущество и продолжает сохраняться до тех пор, пока его право собственности не прекратится по некоторым основаниям (например, в силу приобретательной давности или приобретения вещи добросовестным третьим лицом) либо пока он не вернет приобретателю полученную им от него сумму.

Однако, следуя господствующему представлению, на данной стадии потенциально возможное требование из неосновательного обогащения против собственника конкурирует с «реституционным», а поскольку в этой конкуренции в силу п. 1 ст. 1103 ГК РФ побеждает последнее, следовало бы признать, что кондикционное притязание против обогатившегося собственника невозможно. Это не означает, впрочем, что отсутствует сам факт обогащения за счет приобретателя: просто для его устранения, согласно господствующему взгляду, применяется иное, специальное средство (не будь которого, применялся бы, очевидно, иск из неосновательного обогащения).

Ситуация меняется, когда реституция более неприменима. Одним из таких случаев является невозможность возврата вещи первоначальным приобретателем: исходя из основанного на господствующем взгляде принципа двусторонности реституции, истребовать уплаченное приобретатель уже не сможет, ибо реституция в таком случае сводилась бы к обмену, как правило, равными денежными суммами — уплаченной за вещь цены и стоимости вещи, поскольку возратить саму вещь получатель более не может.

Тем не менее на стороне отчуждателя при этом может сохраняться неосновательное обогащение. В свете недавней судебной практики это особенно очевидно, например, тогда, когда отчуждатель затем истребует свою вещь от третьего лица, удерживая при этом также полученную от своего контрагента по недействительной сделке сумму. Впрочем, представляется, что факт истребования вещи сам по себе

не меняет ситуацию в рассматриваемом плане: как было уже показано, неосновательное обогащение имеет место и до такого истребования. Однако он делает состояние неосновательного обогащения собственника более видимым, реальным, осязаемым.

В таких ситуациях обязательство из неосновательного обогащения проявляет себя уже в полную силу, обосновывая активную легитимацию приобретателя по недействительной сделке именно на кондикционный иск против другой стороны той же сделки — собственника, вернувшего себе владение вещью от третьего лица.

В русле этой логики и отмеченной тенденции отступления от строгости господствующего подхода к реституции находятся два определения двух разных судебных коллегий ВС РФ (КЭС и КГД) по очень похожим делам:

1) Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 16.09.2014 № 310-ЭС14-79.

2) Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 17.01.2017 № 85-КГ16-13¹³.

В этих двух делах основной правовой проблемой явилась квалификация искового требования о взыскании суммы, уплаченной по недействительной сделке: как реституционного или как из неосновательно-обогащения, а в связи с этим и исчисление по данному требованию исковой давности. Основная разница между двумя делами состояла, по сути, только в том, что если в первом деле до рассмотрения иска о неосновательном обогащении уже был рассмотрен иск о применении последствий недействительности сделки в форме реституции, и в нем было отказано в связи с отчуждением предмета сделки третьему лицу и невозможностью его возврата, то во втором вопрос о последствиях недействительности сделки вообще не рассматривался и не решался (вероятно, по той же самой причине).

¹³ См. мой комментарий к этому определению (в котором попутно комментируется также и вышеупомянутое Определение КЭС ВС РФ от 16.09.2014 № 310-ЭС14-79): Тузов Д. О. Кондикционный иск против неосновательно обогатившегося по ничтожной сделке собственника: Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 17.01.2017 № 85-КГ16-13 // Вестник экономического правосудия. 2017. № 6. 24–30.

В обоих случаях Судебные коллегии ВС РФ пришли к одному выводу — об обоснованности кондикционного иска приобретателя имущества по недействительной сделке против отчуждателя после того, как последний вернул себе это имущество от третьего лица — приобретателя по последующей сделке (что во втором из рассматриваемых дел стало возможным вследствие признания судом порока воли в первой сделке и, следовательно, факта выбытия имущества из владения собственника вопреки его воле, а также недобросовестности конечного приобретателя). При этом сумма, полученная продавцом за проданное имущество, осталась у него.

Интересно отметить ту оценку, которую в первом из этих дел КЭС дала позиции нижестоящих судов, полностью опиравшейся на господствующий подход и состоявшей в том, что иску о возврате уплаченной по недействительной сделке суммы якобы препятствовало ранее вынесенное судебное решение об отказе истцу в «применении последствий недействительности договора»: эта позиция была квалифицирована КЭС как «ложный правовой пуризм».

Итак, в пользу применимости иска из неосновательного обогащения для возврата уплаченного по недействительной сделке имеются определения уже двух разных коллегий ВС РФ, что позволяет сделать вывод о формировании на уровне высшей судебной инстанции единого подхода к рассматриваемой проблеме. Его суть состоит в следующем: *если обязательство по возврату уплаченной суммы в отношениях между сторонами недействительной сделки первоначально мыслится (в полном соответствии с господствующим взглядом) как особое реституционное, то впоследствии, когда для возврата этой суммы реституция оказывается неприменимой, устранение сохраняющейся ситуации неосновательного обогащения возможно посредством иска из неосновательного обогащения.*

Упомянутые определения ВС РФ представляются законными, обоснованными и справедливыми. В то же время они ставят или актуализируют ряд интересных цивилистических проблем.

Прежде всего они представляют прекрасный сюжет для того, чтобы вновь вернуться к вопросу о соотношении меры, предусмотренной п. 2 ст. 167 ГК РФ (т. е. так называемой реституции), и притязания, основанного на обязательстве из неосновательного обогащения (кондикции).

Эти определения, признающие возможность истребования полученных стороной недействительной сделки сумм с помощью кондикционного иска (хотя бы и лишь при определенных обстоятельствах), обозначают иную, противоположную господствующему подходу тенденцию в данном вопросе, косвенно подтверждая, на мой взгляд, не только бесполезность, но и вредоносность обсуждаемой конструкции реституционного притязания, неизвестной иным правовым порядкам.

При этом данное отступление в пользу кондикции неправильно было бы рассматривать в качестве допустимого (в силу подп. 1 ст. 1103 ГК РФ) — а значит, находящегося в рамках господствующей концепции реституции — субсидиарного применения норм об обязательствах из неосновательного обогащения к требованиям о возврате исполненного по недействительной сделке. О субсидиарном применении, которое подразумевается в ст. 1103 ГК РФ, могла бы идти речь, если бы отдельные нормы о неосновательном обогащении применялись в качестве *дополнительных* по отношению к п. 2 ст. 167 ГК РФ при осуществлении именно *реституционного* притязания. В нашем же случае они применяются *непосредственно*, независимо от норм о реституции, поскольку последняя оказывается невозможной; более того, в одном из интересующих нас дел даже имело место решение об отказе в иске о реституции.

IV. Динамика обязательства из неосновательного обогащения собственника

ВС РФ обходит, однако, вниманием вопрос о моменте и основании возникновения у собственника неосновательного обогащения. Понятно, что в рассматриваемых им делах главным было определить момент начала течения исковой давности по иску о возврате денежных средств, как бы его ни квалифицировать, ибо от этого зависело его удовлетворение. Впрочем, ВС РФ не определил этот момент однозначно, лишь констатировав (в одном из определений), что ни со дня признания сделки ничтожной, ни со дня виндикации имущества трехлетний давностный срок не истек.

Вместе с тем из мотивации определения все же ясно усматривается, что ВС РФ (как Коллегия по гражданским делам, так и ранее Коллегия

по экономическим спорам) связывал возникновение неосновательного обогащения у продавца по первой сделке именно с фактом возврата им себе отчужденного по той же сделке имущества посредством виндикации у третьего лица (или — в первом деле — посредством иска о признании права собственности).

С таким подходом нельзя согласиться. Следует учитывать, что, как уже было подробно показано выше, поскольку отчуждатель продолжает сохранять свое право собственности и может защищать его посредством иска, неосновательное обогащение у него возникает уже в самый момент получения покупной цены за отчужденное имущество и продолжает сохраняться также при последующем переходе его вещи из владения одного лица во владение другого.

Однако для идентификации обязательственного правоотношения, разновидностью которого является кондикционное обязательство, необходимо определить, помимо его пассивной стороны — должника, также и активную сторону — кредитора, т. е. лицо, за счет которого произошло обогащение.

Выше мы уже видели, что первоначально собственник, получив оплату по первой сделке, неосновательно обогащается за счет приобретателя — своего контрагента по этой же сделке (который лишается части своих средств, получая взамен лишь беститульное владение приобретенной вещью). На этой стадии, однако, следуя господствующей концепции реституции, против собственника возможно лишь реституционное, а не кондикционное притязание. И тем не менее сам факт неосновательного обогащения за счет приобретателя не подлежит сомнению.

Что происходит далее, при перепродаже вещи, в момент получения первым приобретателем от приобретателя по второй сделке оплаты за отчуждение ему того же имущества? С точки зрения отношений сторон по первой сделке, во-первых, реституция может стать лишенной смысла, поскольку вследствие отчуждения вещи третьему лицу она выразилась бы зачастую в бесполезном обмене равными денежными суммами (кроме случаев, когда реальная стоимость вещи, подлежащая учету при реституции, и уплаченная за нее по первой сделке договорная цена не совпадают). Во-вторых, в момент получения приобретателем оплаты от приобретателя по второй сделке

отчуждатель (собственник) перестает быть обогатившимся за счет первого приобретателя, поскольку этот последний восстанавливает свое имущественное положение, получая за отчуждение имущества третьему лицу соответствующую плату (разумеется, ситуация усложнится, если цена покупки и цена продажи вещи первым приобретателем не будут совпадать¹⁴). Повторное отчуждение вещи, тем не менее, само по себе не может повлиять на состояние обогащения ее собственника — первого отчуждателя, поскольку он продолжает оставаться собственником. Однако обогатившимся он будет теперь уже не за счет своего контрагента, а за счет второго приобретателя, ибо теперь именно последний является тем, кто лишился части своих средств, получив взамен лишь беститульное владение приобретенной вещью. Поскольку же реституция между ними как лицами, не являющимися сторонами одной недействительной сделки, по определению невозможна, последнему приобретателю в качестве средства защиты будет доступен иск из неосновательного обогащения.

Таким образом, сам по себе переход беститульного владения вещью из рук в руки не меняет состояния обогащения собственника, однако оплата этой вещи влияет на идентификацию активной стороны в обязательстве (кредитора) и, следовательно, на активную легитимацию по иску, а также на квалификацию этого последнего.

Кондикционное притязание второго приобретателя прекратится, если он приобретет право собственности на вещь в силу приобретательной давности (или даже изначально не возникнет, если он станет собственником *ex st.* 302 ГК РФ как добросовестный приобретатель) либо если его контрагент (первый приобретатель) вернет ему уплаченную им сумму (как это имело место, например, во втором из дел, по которым вынесены рассматриваемые определения). Иными словами, кондикционное требование второго приобретателя прекращается или изначально не возникает, когда и если нет обогащения за его счет.

¹⁴ Тогда необходимо делать поправку на разницу в покупной цене и, возможно, констатировать частичное сохранение соответствующих обязательств (так, если цена второго отчуждения будет выше, чем первого, то на сумму разницы обогатившимся за счет второго приобретателя будет, по-видимому, также первый приобретатель, он же второй отчуждатель). Однако самой сути подхода это не меняет.

При этом в случае возврата ему уплаченной суммы кондикционное притязание возникнет снова у первого приобретателя. Тогда сохраняющееся обогащение первого продавца-собственника станет в момент возврата денег вновь обогащением за счет первого приобретателя. Именно в этот момент возникнет новое кондикционное обязательство (хотя обогащение продавца имело место и ранее), а значит, из этого момента следует исходить и при решении вопросов исковой давности.

Итак, при продолжающемся состоянии обогащения собственника возврат уплаченной за вещь суммы второму приобретателю влияет, опять-таки, на идентификацию активной стороны в обязательстве (кредитора) и, следовательно, на активную легитимацию по иску, а кроме того — на исчисление исковой давности по новому кондикционному обязательству.

И хотя комментируемые определения свидетельствуют об ином подходе ВС РФ к определению момента и основания возникновения кондикционного обязательства, все же их *ratio decidendi* находится в русле изложенных здесь рассуждений: если в отношениях между сторонами недействительной сделки обязательство по возврату уплаченной суммы первоначально мыслится, согласно господствующему взгляду, как реституционное, то впоследствии, когда для возврата обогащения реституция уже неприменима, для устранения сохраняющейся ситуации неосновательного обогащения возможен кондикционный иск.

Практическое значение этого подхода состоит также в том, что он позволяет по-иному исчислять исковую давность, которая при применении реституции считалась бы истекшей (нижестоящие судебные инстанции, отказывая в иске, ссылались именно на пропуск истцом исковой давности по реституционному требованию, начавшей свое течение, по мнению судов, в момент исполнения ничтожной сделки — п. 1 ст. 181 ГК РФ). Так, в рассматриваемых делах ВС РФ принял за начало течения трехлетней давности по кондикционному требованию день, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (п. 1 ст. 196 и п. 1 ст. 200 ГК РФ), т. е., по мнению ВС РФ, день признания сделки ничтожной или день восстановления владения имуществом, составляющим ее предмет.

Такое решение является спорным: как показано выше, неосновательное обогащение собственника вообще существует уже с момента получения им оплаты по недействительной сделке, а кондикционное притязание другой стороны этой сделки в случае перепродажи ею полученного имущества прекращается с получением ею, в свою очередь, оплаты от своего контрагента — конечного получателя, однако возникает у нее вновь в момент возврата последнему уплаченной им цены. С этого момента и следовало бы исчислять исковую давность по требованию из неосновательного обогащения в данной ситуации.

Рассмотренные дела показывают, как основанный на господствующей концепции реституции буквальный подход к толкованию правовых норм, вступив в противоречие с фундаментальным принципом недопустимости обогащения одного лица за счет другого без достаточных на то правовых оснований, а также, по существу, с правом потерпевшего на защиту своего нарушенного права, привел к явной несправедливости и как одна из попыток преодолеть эту несправедливость основывалась на квалификации правоотношения сторон недействительной сделки как обязательства из неосновательного обогащения, а не реституционного в смысле норм ст. 167 ГК РФ.

V. Конкуренция исков в защиту конечного приобретателя: договорный иск к продавцу в связи с эвикцией и кондикция против собственника

В заключение следует отметить, что конечный приобретатель в случае отсуждения у него вещи ее собственником может воспользоваться против своего контрагента договорным иском из купли-продажи — иском о взыскании убытков, понесенных вследствие эвикции вещи. Это подтверждается практикой КЭС ВС РФ, в частности ее Определением от 17.03.2015 № 306-ЭС14-929¹⁵. Вместе с тем, как это ни парадоксально, удовлетворение договорного по своей природе требования

¹⁵ См. мой комментарий к этому определению: Тузов Д. О. Продажа имущества неуправомоченным лицом и исковая давность при применении последствий недействительности сделки. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.03.2015 № 306-ЭС14-929 // Вестник экономического правосудия. 2015. № 4. С. 4–9.

о возмещении указанных убытков происходит (как в деле, по которому было вынесено приведенное только что в качестве примера определение КЭС ВС РФ) вне зависимости от необходимой, казалось бы, констатации *действительности* последующей обязательственной сделки. Более того, эта сделка была признана ничтожной — как в том же деле, так и во втором деле из рассмотренных выше в настоящей статье в связи с кондикционным требованием, где такая сделка была квалифицирована как ничтожная нижестоящей инстанцией, а ВС РФ данную квалификацию не пересмотрел и тем самым имплицитно подтвердил.

Однако возможность предъявления продавцу по последующей сделке иска о взыскании убытков, понесенных вследствие эвикции вещи, сама по себе не предрешает вопрос о допустимости в рассмотренной выше ситуации кондикционного иска против виндицировавшего собственника, если конечному приобретателю не возвращена уплаченная им за виндицированную вещь цена. Из двух средств защиты пострадавший приобретатель вправе выбрать наиболее эффективное в данных условиях. Разумеется, поскольку речь идет о рейперсекуторных исках, то при реальном удовлетворении одного из рассматриваемых притязаний (добровольном или вследствие исполнения соответствующего судебного решения) второе притязание (или право на взыскание по удовлетворившему его судебному решению) погашается в части присужденной суммы, ибо в противном случае возникло бы неосновательное обогащение уже на стороне конечного приобретателя (см. в связи с этим все, что сказано выше применительно к конкуренции исков собственника).

А. Ю. ЗЕЗЕКАЛО*, Н. Д. ТИТОВ**

ПРАВОПРЕЕМСТВО В ОТНОШЕНИЯХ ИЗ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА

Выбор темы настоящей статьи нельзя назвать случайным. Тема правопреемства вызывала немалый интерес Бориса Лазаревича Хаскельберга, в особенности это справедливо применительно к наследственному правопреемству, что подтверждается наличием в его библиографии целого ряда работ, посвященных данной проблематике¹. В этой статье авторы рассматривают проблемы правопреемства, в том числе и наследственного, применительно к предмету своих исследовательских интересов, а именно конструкции предварительного договора и возникающего из него правоотношения.

В связи с этим необходимо сделать ряд предварительных замечаний. Прежде всего следует отметить, что в качестве исходных

* Зезекало Александр Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета (Санкт-Петербург).

** Титов Николай Дмитриевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, судья Томского областного суда в отставке (Томск).

¹ В частности, тема наследственных отношений напрямую затронута в таких его работах, как: «Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами» (Российская юстиция. 2003. № 7. С. 22–25), «Наследование по праву представления и переход права на принятие наследства» (Гражданское право. Межвузовский сб. научных трудов. Вып. 3: К 80-летию С. С. Алексеева. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2004. С. 224–249), «Правоотношение из завещательного отказа и его элементы» (Гражданское право. Исследования. Вып. I [2004]: Сб. научных трудов памяти проф. И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2004. С. 78–110) и др. Так, в последние годы жизни Борис Лазаревич занимался исследованием проблем наследования выморочного имущества. Им в соавторстве с профессором В. В. Ровным опубликован ряд статей и монография на эту тему: «Особенности правового режима отдельных видов имущества в составе выморочного наследства (на примере исключительного права)» (Наследственное право. 2013. № 2), «Переход выморочного наследства к публичному образованию» (Наследственное право. 2012. № 1, 2, 3, 4), «Основания выморочности наследства» (Наследственное право. 2011. № 4), монография «Выморочные наследства» (Иркутск: Изд-во ИГУ, 2013).

предпосылок авторы исходят из того, что по смыслу ст. 429 ГК РФ (далее — ГК) предварительный договор не порождает имущественных и каких-либо иных обязательств, за исключением обязательства заключить в будущем основной договор². Таким образом, возникающее из предварительного договора обязательство следует отнести к числу так называемых организационных правоотношений, что обуславливает целый ряд его характерных особенностей.

Возможно ли правопреемство в таком отношении? И если да, то имеет ли оно те или иные особенности по сравнению со стандартными случаями?

Прежде всего, нелишним представляется вкратце указать ряд релевантных для настоящего небольшого исследования общих положений о правопреемстве.

Известно, что правоотношения, и в том числе обязательства, не остаются в неизменном виде. Процесс, получивший название «движение правоотношений»³, или их динамика, происходит под влиянием тех или иных юридически значимых обстоятельств и может заключаться как в возникновении или прекращении обязательств, так и в их изменении.

Одним из широко признанных современной цивилистикой случаев изменения правоотношений является изменение их субъектного состава. Здесь мы сталкиваемся с явлением, известным как правопреемство (*successio*). Со стороны лица, вступающего в правоотношение на место прежнего участника, правопреемство — это деривативное (производное) приобретение права, поскольку право возникает у него не первоначально — его приобретение опирается на правообладание другого лица (правопредшественника). Следуя традиционной терминологии, принятой в романистике, правопредшественника называют *auctor*, правопреемника — *successor*.

² Такое понимание обязательства из предварительного договора находит широкое распространение и в судебной практике (см., напр.: Определение ВАС РФ от 04.03.2011 № ВАС-1693/11, Определение Верховного Суда РФ от 15.09.2015 № 18-КГ 15-143).

³ См., напр.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве (в кн.: Категории науки гражданского права. Избранные труды: в 2 т. Т. 2). М.: Статут, 2005. С. 51.

В теории гражданского права принято различать т. н. транслятивное и конститутивное правопреемство⁴.

Транслятивное правопреемство характеризуется тем, что оно переносит права и (или) обязанности прежнего субъекта правоотношения (правопредшественника) в неизменном виде на другое лицо (правопреемника). Оно имеет свои особенности в зависимости от абсолютного или относительного характера правоотношения.

В абсолютных правоотношениях изменение субъектного состава может касаться только смены активного субъекта, поскольку в этих случаях на пассивной стороне всегда будет оставаться «безликая фигура всякого и каждого, на которых лежит обязанность воздерживаться от вторжения в круг правомочий, закрепленных за субъектом абсолютного права»⁵. При таком правопреемстве всегда имеет место только лишь переход субъективного права от прежнего правообладателя к другому лицу (правопреемнику).

В относительных правоотношениях, и прежде всего в обязательствах, изменение субъектного состава может иметь место как на активной, так и на пассивной стороне, соответственно возможен не только переход субъективного права, но и переход субъективной обязанности.

Однако как в случае с абсолютными, так и в случае с относительными правоотношениями в результате транслятивного правопреемства содержание субъективных прав и обязанностей при переходе их

successor'у остается неизменным: изменяется только субъектный состав, а во всем остальном правоотношение остается прежним.

Напротив, при конститутивном правопреемстве у *successor*'а возникает субъективное право, которое по своему содержанию отличается от «материнского» субъективного права предшественника, являясь более слабым и включая в себя лишь определенную часть правомочий, входящих в содержание последнего, но создавая, таким образом, определенную конкуренцию «материнскому» праву. Иными словами, «*auctor*, основываясь на своем праве и сохраняя его за собой на будущее, устанавливает для *successor*'а другое право, которое ограничивает затем право *auctor*'а, пока существует»⁶. Собственно, при так называемом конститутивном правопреемстве не происходит и интересующей нас перемены лиц в правоотношении, *successio* в тесном смысле⁷, поскольку возникает новое правоотношение с новым субъектным составом и иным (хотя и производным) содержанием, при сохранении в неизменном виде прежнего, «материнского» субъективного права⁸. Как отмечает Л. Эннекцерус, «здесь дело идет прежде всего

⁴ См., напр.: Гражданское право: Учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. С. 435 и сл. (автор главы — Е. А. Крашенинников); Хвостов В. М. Система римского права. Конспект лекций. Общая часть. 4-е изд. М.: Тип. Вильде, 1908. С. 121; Эннекцерус Л. (Кипп. Т., Вольф М.) Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. Введение и общая часть. М.: Изд-во иностр. лит-ры, 1950. С. 87–89. Некоторые авторы при этом предпочитают говорить не о правопреемстве, а о правоприобретении (См., напр.: Черепахин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву (в кн.: Труды по гражданскому праву). М.: Статут, 2001. С. 311 и сл.; Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: Учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 466). Необходимость такого уточнения обосновывается, как будет показано далее, не только и не столько соображениями лишь филологического характера. Напротив, с позиции некоторых авторов оно приобретает весьма осязаемое правовое значение.

⁵ Черепахин Б. Б. Указ. соч. С. 310.

⁶ Хвостов В. М. Указ. соч. С. 121.

⁷ В связи с этим Б. Б. Черепахин подчеркивает, что «конститутивное правопреемство не является правопреемством в точном смысле» (Черепахин Б. Б. Указ. соч. С. 320. (курсив наш. — А.З., Н.Т.). В этом, в частности, проявляется правовое значение упомянутого выше разграничения между правопреемством и правоприобретением.

⁸ Как отмечал в этой связи В. М. Хвостов, ссылаясь на мнение Павла (*L. 63 D de usufr.*), «установленное в пользу *successor*'а право не является составной частью права, принадлежащего самому *auctor*'у, ибо это последнее не исчерпывается суммой отдельных, более узких прав, которые могут быть установлены на его основании в пользу других лиц; но понятие *successio* здесь применимо, потому что приобретенное право и в данном случае опирается на производящее его право *auctor*'а, и на нем отражаются пороки права, принадлежащего *auctor*'у» (Хвостов В. М. Указ. соч. С. 122). Аналогично сегодня Е. А. Крашенинников, ссылаясь на мнение Сонтиса, критикует формулировку п. 2 ст. 209 ГК, в которой говорится о возможности передачи собственником другим лицам прав владения, пользования и распоряжения в отношении своего имущества, оставаясь при этом собственником. Собственник, по его мнению, не передает другому лицу свои права (а точнее субп правомочия) по владению, пользованию и распоряжению, а создает для него на основании своего права собственности соответствующее ограниченное вещное право, в состав которого входят субп правомочия, одноименные субп правомочиям собственника (см.: Гражданское право: Учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. С. 436, сн. 1, автор главы — Е. А. Крашенинников).

об обременениях»⁹, поэтому и в качестве примеров конститутивного правопреемства в литературе, как правило, приводятся случаи возникновения ограниченных вещных прав, ограничивающих правовые возможности самого собственника (например, если собственник устанавливает сервитут в отношении своей вещи, передает ее на праве хозяйственного ведения и т. д.)¹⁰.

С учетом того что предварительный договор порождает, по нашему мнению, относительное обязательственное правоотношение, особый интерес приобретает вопрос о допустимости изменения его субъектного состава. Поэтому в дальнейшем в настоящей статье основное внимание будет уделено рассмотрению особенностей именно транслятивного правопреемства¹¹, которое в литературе традиционно

⁹ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 89.

¹⁰ Хотя имеются примеры конститутивного правопреемства и в области обязательств. В их числе В. А. Белов называет случаи установления субъективных прав обременяющего свойства, таких, например, как право залога или удержания; концессионное и лицензионное возникновение исключительных прав (ст. 1027–1040, 1235, 1236 ГК); возникновение прав субарендатора, поднаимателя, субподрядчика и др. (см.: Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: Учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 477).

¹¹ По справедливому замечанию Л. Эннекцеруса, многие авторы вообще ограничивают понятие «правопреемство» лишь транслятивным приобретением (см.: Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 89, сн. 8). Это справедливо и применительно к современной отечественной цивилистике, поскольку и авторы некоторых популярных учебников по гражданскому праву не проводят этого разграничения и не упоминают о его существовании, рассматривая вопрос о правопреемстве в разделе, посвященном субъектам гражданского правоотношения, что лишним раз подтверждает понимание ими правопреемства как проявления перемены лиц в правоотношении (см., напр.: Гражданское право: Учебник: в 3 т. Т. 1. 7-е изд., перераб. и доп. /под ред. Ю. К. Толстого. М.: Проспект, 2009. С. 101, автор главы — Н. Д. Егоров). В этом отношении особое место занимает авторский учебник В. А. Белова, на страницах которого приводится весьма обстоятельное исследование вопроса о сущности конститутивного правопреемства, рассматриваемого в качестве одного из случаев производного возникновения гражданского правоотношения. Интересно, что автор в конечном счете не соглашается с Б. Б. Черепахиным, не относившим конститутивное *правоприобретение* к случаям правопреемства. Поскольку, по мнению В. А. Белова, все случаи динамики гражданских правоотношений сводятся к возникновению и прекращению последних, говорить об изменении правоотношений или о правопреемстве возможно лишь с известной долей условности, не более чем метафорически. Таким образом, он полагает, что термин «правопреемство» вполне отражает существо происходящего: субъективное право одного лица производно (преемственно) от субъективного права другого лица (см.:

определяется как «переход субъективного права (в широком смысле — также правовой обязанности) от одного лица (праводателя) к другому (правопреемнику) в порядке производного правоприобретения (в соответствующих случаях — производного приобретения правовой обязанности)»¹².

В литературе транслятивное правопреемство разграничивают на общее (универсальное) и частное (сингулярное)¹³. Традиционный пример универсального правопреемства представляет собой наследование, которое предполагает переход всего комплекса принадлежавших предшественнику прав и обязанностей *uno actu*. При этом одновременно происходит перемена лиц во всех правоотношениях с участием данного лица. Принцип сохранения всех прав и обязанностей при соответствующей перемене субъектного состава положен и в основу перехода прав и обязанностей при реорганизации юридических лиц. Напротив, при сингулярном преемстве каждое право или обязанность переходят по отдельности, поэтому всякий раз происходит перемена субъектного состава только лишь в одном правоотношении.

Проблема правопреемства в отношениях из предварительного договора не получила широкого освещения в научной и учебной литературе. Быть может, отчасти и по этой причине в судебной практике отсутствует единый подход к ее разрешению. Можно выделить несколько направлений, которыми следуют судебные инстанции, «по долгу службы» сталкиваясь с проблемой транслятивного правопреемства по предварительному обязательству.

В ряде случаев судами допускается возможность преемства в правах и обязанностях сторон предварительного договора по меньшей мере в части, касающейся последствий передачи так называемых обеспечительных платежей. Однако, строго говоря, в таких случаях, по нашему мнению, отсутствует правопреемство в самом предварительном обязательстве. Очевидно, что имущественные предоставления сторон предварительного договора порождают между ними

Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: Учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 466 и сл.).

¹² Черепахин Б. Б. Указ. соч. С. 311.

¹³ См., напр.: Черепахин Б. Б. Указ. соч. С. 322 и сл.

имущественные отношения, которые в зависимости от ситуации квалифицируются судами либо как обеспечительные отношения, либо как неосновательное обогащение.

Так, в одном из дел по иску о взыскании двойной суммы задатка за отказ от заключения основного договора суд привлек к участию в деле Я., сына умершего ответчика Я.В., являвшегося стороной предварительного договора. Установив, что Я.В. действительно нарушил обязательство из предварительного договора, обеспеченного полученным им задатком, суд пришел к выводу об обязанности Я., как правопреемника умершего Я.В., выплатить истцу двойную сумму задатка в пределах стоимости имущества, полученного в порядке наследственного преемства¹⁴.

В другом случае денежные средства, полученные стороной предварительного договора, были взысканы с ее наследника (правопреемника) в однократном размере. Поскольку в установленные сроки основной договор между сторонами так и не был заключен, суд пришел к выводу о прекращении действия предварительного договора и об отсутствии законных оснований для удержания ответчиком данной суммы¹⁵.

Примеры подобного подхода не единичны, как не единичны и случаи совершения разнообразных имущественных предоставлений «во исполнение» предварительных договоров. А поскольку в действительности речь при этом идет о переходе имущественных прав и обязанностей, принципиальную допустимость такого перехода не следует ограничивать лишь универсальным правопреемством, как это имеет место в приведенных казусах, а следует признать и в отношении случаев сингулярного преемства, в частности при уступке требований¹⁶. К сожалению, однако, решения, подобные рассмотренным

выше, не позволяют определить позицию судов о допустимости правопреемства в правах и обязанностях, составляющих содержание именно самого предварительного обязательства.

Намного отчетливее такая позиция проявляется в тех случаях, когда спор между сторонами не сконцентрирован на последствиях совершения имущественных предоставлений, а направлен на понуждение к заключению основного договора.

Анализируя судебную практику по данной категории споров, нельзя не отметить значительную долю наследственных дел. Здесь можно встретить позицию судов, согласно которой вытекающая из предварительного договора обязанность заключить в будущем основной договор, предусматривающий переход имущества, выполнение работ или оказание услуг, не относится к имущественным обязанностям и, с учетом положений ст. 1110, 1112 ГК, не может переходить от умершего к наследнику в порядке универсального правопреемства при наследовании¹⁷.

Как видно, легальное основание такой позиции составляют положения ст. 1112 ГК, устанавливающей общее правило, в силу которого в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Состав наследства, таким образом, ограничивается лишь имуществом в широком смысле (включая имущественные права и обязанности).

Исключение из этого правила составляют права и обязанности, неразрывно связанные с личностью наследодателя, в частности, право на алименты, право на возмещение вреда, причиненного жизни или

¹⁴ См.: Определение Московского городского суда от 15.07.2010 по делу № 33–21397.

¹⁵ См.: Определение Санкт-Петербургского городского суда от 18.08.2010 № 33–11403/10.

¹⁶ Этот вывод также находит подтверждение в судебной практике. Так, оставляя в силе решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований о признании недействительным договора уступки и применения последствий недействительности сделки, суд кассационной инстанции указал, что с учетом истечения сроков заключения основных договоров, предусмотренных предварительными договорами, обязательства по заключению основных договоров, ис-

ходя из положений п. 6 ст. 429 ГК, следовало считать прекращенными, поэтому денежные средства, переданные истцу в качестве обеспечительного платежа одним из соответчиков (цедентом), подлежали возврату, а у данного соответчика возникло право их требования, которое могло быть в силу п. 1 ст. 382, ст. 384 ГК передано по спорному договору цессии, что и было сделано с соблюдением требований ст. ст. 388, 389 ГК (см.: Определение Санкт-Петербургского городского суда от 27.06.2011 по делу № 33–9624).

¹⁷ См.: Определение Московского городского суда от 08.11.2010 г. № 4г/4–8883. Аналогичный подход отражен в справке Иркутского областного суда по результатам обобщения судебной практики разрешения споров, возникающих из предварительных договоров № Р-852 от 03.03.2011 С. 15.

здоровью гражданина, а также права и обязанности, переход которых в порядке наследования не допускается ГК или другими законами.

Также в ст. 1112 ГК подчеркивается, что не входят в состав наследства личные неимущественные права и другие нематериальные блага. Разъясняя это положение, Верховный Суд РФ указывает, что в состав наследства, в частности, не входят: право на алименты и алиментные обязательства (раздел V СК РФ), права и обязанности, возникшие из договоров безвозмездного пользования (ст. 701 ГК), поручения (п. 1 ст. 977 ГК), комиссии (ч. 1 ст. 1002 ГК), агентского договора (ст. 1010 ГК)¹⁸.

При толковании названных законоположений трудно, с одной стороны, не согласиться с тем, что права и обязанности сторон предварительного договора, принимая во внимание их неимущественный характер, не могут охватываться общим правилом приведенной статьи, определяющим состав наследства исходя из критерия имущественности.

С другой стороны, порожденные предварительным договором права и обязанности, несмотря на свой неимущественный характер, сами по себе, в отрыве от характерных особенностей предполагаемого «основного» обязательства, не могут быть признаны тесно связанными с личностью, поскольку личные качества сторон предварительного договора не оказывают существенного влияния на возможность заключения основного договора¹⁹. Следовательно, отнесение таких

¹⁸ См. п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

¹⁹ Хотя здесь, конечно же, необходимо обратить более пристальное внимание на те случаи, когда личный характер приобретало бы обязательство, возникающее из основного договора. Пожалуй, в этих случаях еще можно было бы задуматься о допустимости возникновения основного обязательства с субъектным составом иным, нежели это предполагалось при заключении предварительного договора. Поскольку, однако, такие случаи составляют скорее исключение из общего правила, их наличие несколько не колеблет сделанного вывода об отсутствии личного характера прав и обязанностей из предварительного договора *per se*. Кроме того, как отмечается в литературе, «отношения, порождаемые предварительным договором, с одной стороны, и возникающие из договора, подлежащего заключению, — с другой, при всей их тесной связи являются самостоятельными гражданскими правоотношениями, они различаются по основаниям своего возникновения, целям, объекту и содержанию», поэтому «несмотря на существующую между этими обязательствами связь, основное обязательство не предопределяет характера правоотношения, порождаемого предварительным договором»

прав (а равно и обязанностей) к категории личных неимущественных, на недопустимость перехода которых по наследству прямо указывается в ст. 1112 ГК, также недостаточно обоснованно²⁰.

Таким образом, неимущественным правам и обязанностям, не имеющим тесной связанности с личностью, вообще не находится места в ст. 1112 ГК: они не упомянуты в числе прав, включаемых по общему правилу в состав наследства, однако и прямое указание на недопустимость их перехода в порядке наследственного правопреемства также отсутствует.

В этой связи более предпочтительным выглядит подход, воспринятый в некоторых гражданских кодексах стран СНГ и устанавливающий, при определении состава наследства, максимально широкое общее правило, ограниченное рядом исключений.

Так, в силу п. 1 ст. 1033 ГК Республики Беларусь в состав наследства входят *все права и обязанности*, принадлежавшие наследодателю на момент открытия наследства, существование которых не прекращается его смертью. Согласно ст. 1040 ГК Республики Казахстан в состав наследства входит принадлежащее наследодателю имущество, а также *права и обязанности*, существование которых не прекращается с его смертью. Аналогичным образом, согласно ст. 1218 ГК Украины, в состав наследства входят *все права и обязанности*, принадлежавшие наследодателю на момент открытия наследства и не прекратившиеся вследствие его смерти.

Разумеется, во всех приведенных примерах далее предусмотрены исключения из установленного общего правила, однако, если то или иное право не подпадает под одно из перечисленных в законе изъятий, следует исходить из того, что его переход в порядке наследования возможен.

(Павлов А. А. Обеспечение исполнения обязательств, вытекающих из предварительного договора // Арбитражные споры. 2006. № 2).

²⁰ В литературе иного мнения придерживается П. А. Меньшенин, полагающий, что, напротив, обязательство заключить договор «неразрывно связано с личностью должника и кредитора», поскольку «нельзя требовать от должника, чтобы он против своей воли заключил основной договор с иным, чем изначально предполагалось, лицом». По мнению автора, такой вывод следует из принципов свободы договора и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела. См.: Меньшенин П. А. Предварительный договор в российском гражданском праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 22.

Напротив, российское гражданское право, исходя из формулировки ст. 1112 ГК, не позволяет с достаточной степенью уверенности судить о включении прав и обязанностей из предварительного договора в состав наследства. В сложившейся ситуации логичным является вопрос: а допустима ли вообще перемена лиц в таких организационных неимущественных обязательствах? Обратимся к более общим положениям, содержащимся в главе 24 ГК.

В силу п. 1 ст. 383 ГК право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона. Как видно из приведенного законоположения, допустимость перехода обязательственного права (требования) не связывается с его имущественным или неимущественным характером. Поэтому следует критически отнестись к позиции тех авторов, которые полагают, что «поскольку предварительный договор в буквальном смысле неимущественный, он ... исключает правопреемство третьими лицами»²¹. Напротив, из сказанного следует сделать вывод о том, что если предварительный договор действительно порождает правоотношение обязательственного характера, стороны которого наделены правами и обязанностями, пусть даже и организационного, неимущественного характера, переход таких прав и обязанностей к другому лицу допустим, несмотря на то что закон прямо такую возможность не предусматривает.

Разумеется, из этого общего правила, подобно тому как это имеет место в случае с наследованием, предусматривается ряд изъятий. Они установлены в ст. 383 ГК, согласно которой не допускается переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора (в частности, требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью), а статья 418 ГК предусматривает, что обязательство в таких случаях прекращается смертью должника или кредитора, если исполнение не может быть произведено без личного их участия либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника или кредитора.

Однако и эти положения также принципиально не ограничивают возможность перехода прав и обязанностей из предварительного

договора, если только не предполагать их неразрывной связанности с личностью должника или кредитора. Разъясняя положения ст. 383 ГК в одном из недавних постановлений, Пленум Верховного Суда РФ указал, что во всех таких случаях следует принимать во внимание существо уступаемого права и цель ограничения перемены лиц в обязательстве²².

Тем не менее именно из такого предположения о неразрывной связанности с личностью правообладателя — стороны предварительного договора исходит П. А. Меньшенин, что с неизбежностью приводит его к выводу о том, что «уступка требования заключить договор является юридически невозможной»²³. Аналогичной позиции придерживался еще Г. Дербург, указывавший на недопустимость цессии требований из *acta de contrahendo* именно благодаря их личному, по его мнению, характеру²⁴. На недостаточную обоснованность такого подхода уже указывалось выше.

Поэтому наибольшее, пожалуй, распространение, в том числе и в практике судов, получил сегодня иной подход, суть которого состоит в прямом или косвенном признании допустимости преемства в правах и обязанностях, составляющих содержание предварительного обязательства.

Более подробное рассмотрение этого подхода желательно проводить отдельно в отношении случаев универсального и сингулярного правопреемства.

Пожалуй, меньше всего разногласий возникает в связи с вопросом о переходе прав и обязанностей из предварительного договора

²¹ Склоцкий К. И. Собственность в гражданском праве. М.: Дело, 2002. С. 474.

²² См. п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки».

²³ См.: Меньшенин П. А. Указ. соч. С. 22. На том же основании автор утверждает, что «права и обязанности в обязательстве заключить договор не входят в состав наследственной массы» (Там же. С. 8). Вместе с тем личный характер прав из предварительного договора не препятствует, по его мнению, тому, что «право требования и обязательство заключить основной договор могут свободно переходить от одного юридического лица к другому при правопреемстве в ходе реорганизации, поскольку этот вид универсального правопреемства охватывает все права и обязанности, в том числе неимущественные и неразрывно связанные с личностью должника (кредитора)» (Там же. С. 8 и сл.).

²⁴ Dernburg H. Pandekten. 6., verb. Aufl. Band 2: Obligationenrecht. Berlin: Müller, 1900. S. 140.

при реорганизации юридических лиц. Допустимость такого перехода практически не оспаривается в литературе и, как правило, рассматривается как само собой разумеющаяся на практике.

Применительно к наследственным отношениям прежде всего следует обратить внимание на многообразие спорных ситуаций, с которыми приходится сталкиваться судебной практике, поэтому и рассматривать подходы судов к вопросу о правопреемстве в отношениях из предварительного договора следует лишь в контексте специфических обстоятельств того или иного дела. При этом во многих случаях инициаторами судебных споров становятся сами потенциальные правопреемники — лица, заключившие предварительный договор и обратившиеся в суд с требованием о его принудительном исполнении, и лишь впоследствии, в связи со смертью последних, в дело вступают их правопреемники. Поэтому нередко в таких условиях правопреемство имеет место уже при обжаловании судебного акта, вынесенного по требованию об обязанности заключить основной договор.

Так, решением суда первой инстанции были удовлетворены искивые требования Ф. к М.А. о понуждении к заключению основного договора. Поскольку еще до момента вступления решения в законную силу М.А. умер, при рассмотрении кассационной жалобы принимали участие привлеченные судом в качестве правопреемников умершего М.Н. и М.В. Проверив материалы дела и рассмотрев доводы кассационной жалобы, суд вышестоящей инстанции оставил первоначальное решение без изменения²⁵.

То обстоятельство, что на стадии обжалования судебного акта к участию в деле были привлечены правопреемники ответчика, а само решение было затем оставлено без изменений, означает, что после вступления его в законную силу именно эти лица будут нести обязанность по заключению основного договора.

В иных случаях правопреемство может иметь место уже на стадии исполнения вступившего в силу судебного акта. Так, решением Октябрьского районного суда Санкт-Петербурга удовлетворены искивые требования М.В. к Д.Т. об обязанности заключить основной договор на условиях, определенных в заключенном сторонами

предварительном договоре. После вступления решения в законную силу М.В. умер, в связи с чем определением суда первой инстанции в порядке процессуального правопреемства на стороне истца к участию в деле была привлечена М.З., при этом судом было разъяснено, что Д.Т. обязана заключить основной договор с М.З. как правопреемником умершего М.В., являвшегося стороной предварительного договора²⁶.

Приведенные примеры свидетельствуют о признании судами допустимости процессуального преемства в спорах, предмет которых не ограничивается судьбой имущественных предоставлений, а связан с неимущественными правами и обязанностями сторон относительно заключения основного договора. При этом такое преемство возможно как до момента вступления в силу судебного акта, так и на стадии его исполнения, как на стороне истца, так и на стороне ответчика. А поскольку процессуальное правопреемство не мыслится без преемства в материальных правоотношениях²⁷, следует прийти к выводу, что в рассмотренных случаях суды исходили из принципиальной допустимости перехода прав и обязанностей, существующих в рамках самого предварительного обязательства, от одного участника гражданского оборота к другому. Признания этой возможности было вполне достаточно для того, чтобы положительно разрешить вопрос о переходе права или обязанности из предварительного договора в порядке универсального правопреемства.

Нередки и решения, прямо признающие допустимость наследственного правопреемства в отношении обязанностей из предварительного договора как при понуждении наследников к заключению основного договора на условиях предварительного²⁸, так и при отмене

²⁵ См.: Определение Московского областного суда от 09.09.2010 по делу № 33–17476.

²⁶ См.: Определение Санкт-Петербургского городского суда от 15.06.2011 по делу № 33–9054/2011.

²⁷ Процессуальное правопреемство означает переход процессуальных прав и обязанностей стороны или третьего лица от одного лица к другому в связи с преемством в материальном правоотношении — отмечает Г.Л. Осокина. Это значит, что основанием процессуального правопреемства является преемство в спорном материальном правоотношении, т. е. переход субъективных материальных прав или обязанностей от одного субъекта материального правоотношения к другому (См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. 2-е изд., перераб. М.: Норма, 2010. С. 198 и сл.).

²⁸ См., напр.: Апелляционное определение Верховного суда Республики Северная Осетия-Алания от 27.01.2016 № 33–85/2016: «Установив, что после смерти К.В.А.,

актов нижестоящих судов об отказе в таком понуждении, о расторжении предварительного договора в связи со смертью его стороны²⁹ и т. п.

Однако признав принципиальную возможность наследования прав и обязанностей из предварительного договора, мы можем столкнуться с еще одной интересной проблемой. Известно, что обязательство из предварительного договора имеет срочный характер и прекращается, если основной договор не будет заключен в установленный договором срок или в течение года с момента его заключения. Как отмечает Е. В. Бутенко, на практике приходится сталкиваться с ситуациями, когда к моменту окончания срока действия предварительного договора правопреемник не успевает заменить выбывшее из договора лицо. Например, как быть в случаях, когда окончание этого срока выпадает на период, предусмотренный законом для принятия наследства? По мнению автора, такое обязательство следует считать прекратившимся вследствие невозможности его исполнения³⁰.

Такой вывод, однако, представляется не вполне справедливым, поскольку смерть стороны предварительного договора в таком случае неоправданно ущемляет интересы его контрагента, ограничивая заранее определенный срок для заключения основного договора. В этом смысле следует обратить внимание на позицию Верховного Суда РФ, сформулированную в п. 61 упомянутого Постановления Пленума № 9, согласно которой, поскольку смерть должника не влечет прекращения

обязательств по заключенному им договору, наследник, принявший наследство, становится должником и несет обязанности по их исполнению со дня открытия наследства³¹.

Далее в тексте названного пункта Постановления речь идет об особенностях начисления процентов за неисполнение денежного обязательства, в частности, Верховный Суд совершенно справедливо исключает из периода начисления процентов время, необходимое для принятия наследства. Действительно, наследники не могут признаваться виновными и нести ответственность за неисполнение обязательства наследодателя в период, когда определенность в отношении их наследственных прав отсутствует.

Применяя эту логику к отношениям правопреемства из предварительного договора, мы скажем, что по этой же причине едва ли возможно допустить и обязанность потенциальных наследников заключить основной договор до истечения этого периода неопределенности. Но тем менее определенным является и положение другой стороны предварительного договора. Единственным выходом для него представляется направить предложение о заключении основного договора с соблюдением установленного срока в адрес умершего контрагента, с тем чтобы формально соблюсти требование п. 6 ст. 429 ГК. Следует ли рассматривать это *de lege lata* в качестве возможности сохранить обязанность заключить основной договор для наследников умершего контрагента, «включив» ее в состав наследственной массы, — большой вопрос³². В противном случае следует признать, что

выразившего свою волю на отчуждение спорного имущества и принявшего на себя обязательство по заключению основного договора купли-продажи, но умершего до государственной регистрации перехода права собственности на указанное имущество, наследником, принявшим наследство, является его дочь — ответчик по делу, суд первой инстанции сделал правильный вывод о том, что обязанности по предварительному договору о заключении в будущем договора купли-продажи дома перешли к ней, как правопреемнику умершего».

²⁹ См., напр.: Определение Кемеровского областного суда от 08 апреля 2009 г. по делу № 33–2592 // Архив Кемеровского областного суда. В этом деле областной суд указал на преждевременность вывода суда первой инстанции о том, что после смерти одной из сторон исполнить обязательство по предварительному договору не представляется возможным, т. к. с учетом положений ст. 1112 ГК при принятии наследства обязанность исполнения такого договора переходит к наследнику.

³⁰ Бутенко Е. В. Предварительный договор: проблемы теории, практики и законодательства // Журнал российского права. 2004. № 3.

³¹ См. п. 61 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

³² Поскольку здесь нельзя обойти вниманием вопрос о том, кто является должником, а кто — кредитором в обязательстве из предварительного договора, ведь строго говоря, исходя из конструкции, закрепленной в ст. 429 ГК, четко определить должника и кредитора в возникающем правоотношении не представляется возможным. Положение сторон становится несколько более определенным лишь после того, как одна из них обратится к другой с предложением заключить основной договор (направит оферту). В этой связи интересна позиция А. В. Васильева, который, подкрепляя свою точку зрения ссылкой на мнение М. М. Агаркова, полагает, что до момента направления такого предложения правоотношение носит неопределенный характер, учитывая некую альтернативность в статусе сторон (кредитор-должник), и лишь после этого происходит трансформация правоотношения в конкретную модель с соответствующим распределением прав и обя-

обязательство из предварительного договора прекратится в силу прямого специального указания закона (п. 6 ст. 429 ГК), и едва ли имеется необходимость в привлечении здесь общих правил о прекращении обязательств.

В отношении случаев преемства сингулярного также имеется ряд характерных особенностей. Известно, что в обязательственных правоотношениях переходить к другим лицам в порядке сингулярного правопреемства могут не только права (требования), но и обязанности.

В силу общего правила, установленного в п. 2 ст. 382 ГК, для перехода к другому лицу прав кредитора согласие должника не требуется. Иное может быть предусмотрено законом или договором и вытекает уже из положения п. 2 ст. 388 ГК, в силу которого не допускается без согласия должника уступка требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника.

Верховный Суд РФ разъяснил, что при оценке того, имеет ли личность кредитора в обязательстве существенное значение для должника, для целей применения п. 2 ст. 388 ГК необходимо исходить из существа обязательства³³.

Более того, даже если сами стороны установили в договоре, что личность кредитора имеет существенное значение для должника, однако это не вытекает из существа возникшего на основании этого договора

занностей (см.: *Васильев А. В.* Предварительный договор в праве России и США. Дис. канд. юрид. наук. М., 2007. С. 114). Однако и в этом случае говорить о наличии должника и кредитора можно лишь с известной долей условности, поскольку потенциально заинтересованными в заключении основного договора следует признать обе стороны, и теоретически не исключена ситуация, когда бы каждая из них обратилась к другой с предложением о заключении договора. Отсюда следовало бы скорее предположить, что предварительный договор порождает сразу два обязательства, в которых каждая из сторон является соответственно кредитором и должником. При этом, разумеется, нельзя забывать, что стороны предварительного договора преследуют общую цель — заключение основного договора. Если все же принять первую из высказанных точек зрения и признать, что сторона предварительного договора приобретает статус должника лишь после направления ему другой стороной предложения о заключении основного договора, можем ли мы допустить, чтобы такое обретение статуса должника могло происходить и после смерти этой стороны, как это имело бы место в рассматриваемом случае?

³³ См. п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки».

обязательства, то подобные условия следует квалифицировать лишь как запрет на уступку прав по договору без согласия должника, что может явиться основанием для признания сделки по уступке недействительной по иску должника лишь в случаях, предусмотренных абз. 2 п. 2 ст. 382 ГК³⁴.

Применительно к уступке права требования из предварительного договора вопрос о том, требуется ли согласие другой стороны на такую уступку, дополнительно усложнен особенностями возникающего отношения.

На первый взгляд, решение зависит от степени значимости личности кредитора в обязательстве, что, как уже было указано выше, является вопросом факта. Иными словами, существенное значение личности контрагента не является имманентным свойством предварительных обязательств, а может лишь обсуждаться с учетом специфики предполагаемого основного обязательства.

Другим ограничителем уступки права являются введенные в процессе реформирования гражданского законодательства положения п. 4 ст. 388 ГК, в силу которых право на получение неденежного исполнения может быть уступлено без согласия должника, если уступка не делает исполнение его обязательства значительно более обременительным для него. Более того, соглашением между должником и цедентом такая уступка может быть запрещена или ограничена. Данные правила следует учитывать и сторонам предварительного договора, принимая во внимание неимущественный характер возникающего между ними обязательства.

³⁴ Там же. Следует также учитывать, что с 1 июня 2018 г. абзац 2 п. 2 ст. 382 признается утратившим силу (см. п. 4 ст. 1 Федерального закона от 26.07.2017 № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 31 (Часть I). Ст. 4761). Вместо этого тем же законом (п. 6 ст. 1) пункт 4 статьи 388 ГК дополняется абзацем следующего содержания: «Если договором был предусмотрен запрет уступки права на получение неденежного исполнения, соглашение об уступке может быть признано недействительным по иску должника только в случае, когда доказано, что другая сторона соглашения знала или должна была знать об указанном запрете». Таким образом, по сути дела аналогичное правило будет действовать в усеченном виде лишь применительно к сделкам по уступке права на получение неденежного исполнения.

Однако, пожалуй, наиболее интересным применительно к проблеме сингулярного преемства в отношениях из предварительного договора является несколько иной аспект — и здесь необходимо вновь³⁵ обратиться к вопросу о том, кого же вообще следует считать кредитором, а кого — должником в таких отношениях. Предварительный договор порождает сразу два (простых) обязательства, в которых каждая из сторон является соответственно кредитором и должником. Направленность возникающих обязательств на достижение общей цели сообщает им взаимную зависимость, благодаря которой такие обязательства следуют единой юридической судьбе. В частности, совместное взаимодействие сторон, воплощающееся в заключении основного договора, должно означать фактическое достижение общей цели и приводить к прекращению каждого из возникших «предварительных» обязательств надлежащим исполнением в отношении обеих сторон. Аналогичным образом отмеченный принцип единой юридической судьбы должен проявлять себя и в случаях правопреемства: передача одной из сторон «своего» права требования по предварительному обязательству должна приводить к полному и окончательному выбытию этой стороны из организационных правоотношений, а следовательно, сопровождаться одновременным переводом долга по другому, встречному обязательству, в котором она выступает уже эвентуальным субъектом обязанности по заключению основного договора. Сказанное приводит к выводу о том, что при уступке права (требования) из предварительного договора необходимо одновременное совершение перевода долга с соблюдением всех соответствующих требований, среди которых, как следует из содержания ч. 2 ст. 391 ГК, необходимость получения согласия другой стороны, при отсутствии которого перевод долга является ничтожным.

Именно эту идею заключает в себе статья 392.3 ГК, предусматривающая, что в случае одновременной передачи стороной всех прав и обязанностей по договору другому лицу (передача договора) к сделке по передаче соответственно применяются правила об уступке требования и о переводе долга. Хотя, конечно же, данная статья рассчитана прежде всего на ее применение к договорам, порождающим

встречные, взаимонаправленные обязательства, ее применение к отношениям сторон предварительного договора не исключено.

В связи с этим нельзя согласиться с позицией О. Г. Ершова, который, признавая допустимость правопреемства в отношениях из предварительного договора, тем не менее подчеркивает, что «возникающее правоотношение при заключении предварительного договора является организационным и не может быть сведено к обычному обязательству, поскольку усматриваются разные предметы исполнения; в связи с этим вряд ли следует считать обоснованным применение норм о перемене лиц в обязательстве в части согласия или несогласия кредитора и др.»³⁶. Какие именно особенности организационного правоотношения не позволили автору допустить применение правил о перемене лиц в обязательстве, он, к сожалению, не указывает. Если причина кроется лишь в кажущейся на первый взгляд надуманности или громоздкости такого решения, то это едва ли может послужить серьезным аргументом в научной дискуссии. Иное дело — повседневная практика. А здесь, похоже, рассматриваемые положения действительно были незаслуженно забыты, поскольку в подавляющем большинстве случаев совершения уступки из предварительного договора согласия другой стороны на ее совершение не испрашивается. Такая практика заключает в себе угрозу нарушения прав и законных интересов другой стороны договора, которая, первоначально согласовав заключение договора с одним лицом, в итоге получает в качестве потенциального контрагента совершенно иного субъекта, обладающего возможно иной платежеспособностью и вообще способностью исполнить основное обязательство, даже если последнее, строго говоря, и не обладает личным характером.

Сказанное позволяет сформулировать следующие выводы:

- на сегодняшний день в литературе и в судебной практике отсутствует единство мнений в отношении допустимости транслятивного правопреемства из предварительного договора;
- порождаемые предварительным договором права и обязанности, несмотря на свой неимущественный характер, сами по себе,

³⁵ См. об этом выше.

³⁶ Ершов О. Г. Предварительный договор в строительстве // Право и экономика. 2010. № 11. С. 38–44.

в отрыве от характерных особенностей предполагаемого основного обязательства, не могут быть признаны тесно связанными с личностью, поскольку личные качества сторон предварительного договора не оказывают существенного влияния на возможность заключения основного договора, а следовательно, необходимо критически оценивать подход, в соответствии с которым такие права и обязанности относятся к категории личных неимущественных, не подлежащих переходу по наследству в силу ст. 1112 ГК;

- учитывая общие положения о переходе прав и обязанностей по обязательствам, следует сделать вывод о том, что если предварительный договор действительно порождает правоотношение обязательственного характера, стороны которого наделены правами и обязанностями, пусть даже и организационного, неимущественного характера, переход таких прав и обязанностей к другому лицу допустим, несмотря на то что закон прямо такую возможность не предусматривает;
- при допущении правопреемства в организационных отношениях из предварительного договора следует учитывать необходимость соблюдения принципа единства юридической судьбы возникающих из него взаимонаправленных обязательств, вследствие чего при уступке одной из сторон права (требования) необходимо одновременное совершение перевода долга с соблюдением всех соответствующих требований, среди которых необходимость получения согласия другой стороны.

ОХРАНА НАСЛЕДСТВА И УПРАВЛЕНИЕ ИМ

I

Регулированию отношений по охране и управлению наследством посвящены статьи 1171–1173 ГК РФ и статьи 61–69 Основ законодательства РФ о нотариате¹ (далее — Основы). Законодатель разграничивает меры по охране наследства, с одной стороны, и меры по управлению им — с другой (в тексте ст. 1135 и ст. 1171 ГК РФ выражения *охрана наследства и управление наследством* употребляются через соединительный союз «и»). Но и те и другие преследуют одинаковую цель: сохранить наследственное имущество и его стоимость. Поэтому ко всем мерам применяется ряд общих правил, включенных в ст. 1171 ГК РФ и ст. 65 Основ.

Нормы гражданского права регулируют отношения между гражданами и юридическими лицами как равными субъектами (ст. 2 ГК РФ). Основы же как акт в сфере публичного права призваны регулировать организацию нотариальной деятельности, в том числе определять компетенцию нотариуса. На это указано в ст. 1171 ГК РФ: «Порядок охраны наследственного имущества и управления им, в том числе порядок описи наследства, определяется законодательством о нотариате». К сожалению, указанное разграничение не соблюдается законодателем. Некоторые нормы, касающиеся порядка охраны наследства и управления им, сосредоточены в ГК РФ, в то время как Основы весьма лапидарны на этот счет. При этом между нормами об охране наследства, включенными в ГК РФ, с одной стороны, и в Основы — с другой, немало противоречий. Некоторые противоречия можно

* Рассказова Наталья Юрьевна — кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета (Санкт-Петербург).

¹ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462–1).

устранить путем толкования, некоторые — только путем внесения в закон изменений. За отсутствием детального регулирования деятельности нотариуса по охране наследства и управлению им нотариусы в ряде случаев придерживаются процедур, опирающихся на давно сложившуюся практику.

Законодатель, формулируя нормы об охране и управлении наследством, а правоприменитель, толкуя их, должны учитывать цели этого института. Сохранять имущество должен его собственник. Меры по охране и управлению наследством носят вынужденный, временный характер. Их цель — сохранить наследственное имущество в период с момента открытия наследства до фактической явки наследников и определения их круга, не более.

II

Заботу об имуществе умершего проявляют различные лица, в первую очередь наследники, но обязанными принять меры по охране наследственного имущества и управлению им являются исполнитель завещания и нотариус. Принимать соответствующие меры вправе главы местных администраций и специально уполномоченные должностные лица местного самоуправления (ст. 37 Основ). В частности, в населенном пункте, в котором нет нотариуса, опись наследственного имущества и передачу его на хранение осуществляет специально уполномоченное должностное лицо, наделенное правом совершать нотариальные действия (ст. 66 Основ). Должностные лица консульских учреждений Российской Федерации принимают меры к охране наследственного имущества (ст. 38 Основ).

Исполнитель завещания назначается наследодателем (ст. 1134 ГК РФ). Поскольку поручение совершить определенные действия делается на случай смерти, это поручение должно прямо следовать из завещания. Лицо, назначенное исполнителем в иной форме (путем оглашения будущим наследодателем своей воли и т. п.), не приобретет права и обязанности исполнителя завещания. В ст. 1134 ГК РФ указано, что в качестве исполнителя завещания может быть назначен «гражданин». Включение в грамматическую форму текста закона термина в единственном числе отнюдь не исключает того, что имеется в виду

множество лиц. В данном случае текст статьи следует подвергнуть логическому преобразованию: завещатель может назначить как одного, так и нескольких исполнителей. Такое логическое толкование основано на принципе свободы завещания и отсутствии каких-либо разумных оснований для его ограничения².

Из действующей редакции ст. 1134 ГК РФ следует, что исполнителем завещания может быть только гражданин. Это ограничение перекочевало к нам из законодательства советских времен. Из тех времен, когда наследства включали ограниченный круг объектов, удовлетворявших исключительно потребностям граждан. Сегодня, когда наследства включают любые объекты гражданских прав, такое ограничение свободы воли не находит объяснения и обосновано критикуется специалистами³. С 1 сентября 2018 года вступают в силу изменения, позволяющие назначить исполнителем завещания не только гражданина, но и юридическое лицо (ст. 3 Федерального закона от 29.07.2017 № 259-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации»; далее — Закон № 259). Понятно, что статус исполнителя завещания приобретается добровольно, путем заявления об этом. В отличие от действующей нормы в ее будущей редакции (ст. 3 Закона № 259) уточняется, что согласие лица быть исполнителем завещания может быть отозвано в любой момент как до, так и после открытия наследства. Норма разумна, поскольку при необходимости соответствующие действия осуществит нотариус.

Обязанность нотариуса принять меры по охране и управлению наследством прямо предусмотрена законом (ст. 1171 ГК РФ, ст. 64 Основ) и возлагается на нотариуса, ведущего наследственное дело.

Сегодня наследственные права оформляются на основе принципа «наследство без границ». Это означает, что заинтересованные лица вправе обратиться к любому нотариусу по месту открытия

² Сказанное не позволяет согласиться с выводом о том, что исполнение завещания может быть возложено только на одного гражданина (см.: Крашенинников П. В. Наследственное право. М., 2016. § 11 гл. 5. Доступно в СПС КонсультантПлюс).

³ См., например: Зайцева Т. И. Настольная книга нотариуса: в 4 томах / под ред. И. Г. Медведева. 3-е изд. М., 2015. Т. 3: Семейное и наследственное право в нотариальной практике. С. 178.

наследства⁴. Получив информацию об открытии наследства (в том числе от исполнителя завещания), нотариус обязан завести наследственное дело⁵. Понятно, что информация, касающаяся конкретного наследства, должна быть сосредоточена в одном наследственном деле⁶. Поэтому перед заведением дела нотариус обращается к Единой информационной системе нотариата (ЕИС). Если дело уже заведено, нотариус отказывает в приеме заявления, если нет — заводит дело и вносит информацию о нем в ЕИС⁷.

Исполнитель завещания обязан действовать в силу выраженного на то согласия. Нотариус — в силу должностных обязанностей. Право требовать принятия соответствующих мер принадлежит наследникам и иным лицам, имеющим интерес в сохранении наследственного имущества (п. 2 ст. 1171 ГК РФ). Практика толкует указанную норму расширительно: право требовать признается за лицами, чей интерес в сохранении собственного имущества зависит от принятия мер по сохранению наследственного имущества. Например, ВАС РФ в свое время признал, что в случае смерти одного из участников общества другие участники, заинтересованные в нормальной работе органов управления обществом, вправе требовать от нотариуса или исполнителя завещания назначения доверительного управляющего⁸. Следует присоединиться к мнению исследователей, поддерживающих такой подход⁹.

Нотариус принимает меры по охране и управлению наследством, как это следует из ст. 1171 ГК РФ, только получив заявление

заинтересованного лица. Однако в ст. 64 Основ содержится норма, предоставляющая нотариусу полномочие самостоятельно принимать меры по охране наследства (не по управлению им!) (норма уходит корнями в законодательство советского времени). Как разрешить противоречие? На первый взгляд, по правилам о *lex posterioris* следует руководствоваться нормой ГК РФ как более поздней. Но поскольку закон, цель которого определить компетенцию нотариуса, — это Основы, а отнюдь не ГК РФ, приоритет в данном случае — за нормой ст. 64 Основ. Иначе говоря, нотариус уполномочен принимать необходимые меры по охране наследства и по своей инициативе. Впрочем, такие случаи практически не встречаются. И по причине противоречия в законе, и потому, что в последующем наследники могут не согласиться с необходимостью таких действий: ведь они связаны с расходами, компенсируемыми за счет наследственной массы. В критических ситуациях целесообразно инициировать заявление органа местного самоуправления.

В случае, если наследственное имущество находится в разных местах, нотариус по месту открытия наследства направляет другому нотариусу, а если в населенном пункте нет нотариуса, то специально уполномоченному должностному лицу поручение об охране этого имущества и управлении им (п. 5 ст. 1171 ГК РФ, ст. 65 Основ). Поручение нотариуса об охране имущества и управлении им обязательно для исполнения лицами, которым оно направлено. Иное не позволило бы реализовать функцию нотариата по защите прав и законных интересов наследников. «В целях обеспечения надлежащей защиты прав заинтересованных лиц нотариусу по месту открытия наследства при направлении указанного поручения следует указать в нем предельные сроки принятия этих мер. В остальном при выполнении поручения нотариус или должностное лицо по месту нахождения наследственного имущества действуют самостоятельно, исходя из характера и ценности наследства, а также времени, необходимого наследникам для вступления во владение наследством»¹⁰.

⁴ Место открытия наследства определяется по правилам ст. 1115 ГК РФ.

⁵ См. п. 117 приказа Минюста России от 16.04.2014 № 78 (ред. от 21.12.2016) «Об утверждении Правил нотариального делопроизводства» (вместе с «Правилами нотариального делопроизводства», утв. решением Правления ФНП от 17.12.2012, приказом Минюста России от 16.04.2014 № 78).

⁶ П. 6 Методических рекомендаций по оформлению наследственных прав от 27–28 февраля 2007 года, утв. решением Правления Федеральной нотариальной палаты, Протокол № 02/07).

⁷ Возможный конфликт между заинтересованными лицами по поводу того, к какому нотариусу обратиться, решается без участия нотариусов по принципу *prior tempore — potior jure* (сильнее то право, которое раньше по времени).

⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 27.03.2012 № 12653/11 по делу № А36–3192/2010.

⁹ См., напр.: *Останина Е. А.* Договор доверительного управления наследством: предпосылки заключения и содержание // Право и экономика. 2017. № 10. Доступно в СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2002. Комментарий к ст. 1171. Доступно в СПС КонсультантПлюс.

Распределение обязанностей по охране и управлению наследством усложняется при наличии исполнителя завещания. Нотариус в любом случае принимает меры по согласованию с последним (ст. 1171 ГК РФ). Исполнителю же завещания сегодня предоставлено право выбора: действовать самостоятельно или через нотариуса (ст. 1135 ГК РФ). С 1 сентября 2018 года вступает в силу уточнение: душеприказчик будет вправе обратиться к нотариусу с заявлением о принятии мер по охране наследства только при отсутствии возможности совершить такие действия самостоятельно (ст. 3 Закона № 259).

III

К мерам по охране наследства относятся разнообразные действия. Но законодатель прямо урегулировал только процедуры описи наследственного имущества, внесения имущества в депозит нотариуса, передачу вещей на хранение (ст. 1172 ГК РФ). Исполнитель завещания вправе принимать и иные меры для охраны наследства (например, продажу скоропортящихся товаров и т. п.). К компетенции же нотариуса, как и любого иного должностного лица публичного права, относится совершение только тех действий, которые предусмотрены законодательством. Поэтому положение п. 1 ст. 1171 ГК РФ — «исполнителем завещания или нотариусом ... принимаются меры, указанные в статьях 1172 ... настоящего Кодекса, и другие необходимые меры по охране наследства...» — следует распространять только на душеприказчика.

Исполнитель завещания принимает меры по охране и управлению в течение срока, необходимого для исполнения завещания. Нотариус — с учетом времени, необходимого наследникам для вступления во владение наследством (п. 4 ст. 1171 ГК РФ). Следует обратить внимание, что законодатель указывает не на принятие наследства, а на *вступление во владение* им. Сегодня в законе установлен предельный срок для принятия нотариусом мер по охране: не более чем в течение шести месяцев, а в исключительных случаях — не более чем в течение девяти месяцев со дня открытия наследства. Норма явно противоречива: обстоятельства могут быть таковы, что наследник вступит во владение наследством позже истечения срока, установленного для

принятия наследства. Кроме того, в случае последовательных отказов от наследства наследников разных очередей (ст. 1154 ГК РФ) право на принятие наследства у некоторых из них может возникнуть и по истечении девяти месяцев со дня открытия наследства. С 1 сентября 2018 года противоречие исчезнет: нотариус будет обязан принимать меры в течение срока, необходимого наследникам для вступления во владение наследством (ст. 3 Закона № 259).

Меры по охране наследства требуют расходов, которые покрываются за счет стоимости наследственной массы (ст. 1174 ГК РФ), поэтому меры принимаются только тогда, когда это необходимо *для защиты интересов* наследников, отказополучателей, кредиторов или государства (ст. 64 Основ). Упоминание государства не стоит связывать с идеей о публичном интересе как таковом (см., например, п. 2 ст. 168 ГК РФ). Речь идет об интересе публично-правовых образований, к которым наследство может перейти в качестве выморочного. Поскольку, в конечном счете, наследство будет принадлежать тому или иному лицу, смысл нормы ст. 64 Основ в следующем: меры по охране наследства нужно принимать не произвольно, а «в интересах сохранения наследственного имущества» (именно так указано в п. 2 ст. 1171 ГК РФ).

IV

Порядок описи наследственного имущества изложен в нормах ст. 1172 ГК РФ (см. также в п. 25 и 26 Методических рекомендаций по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации, утв. приказом Минюста РФ от 15.03.2000 № 91; далее — Рекомендации). В данной статье содержится ссылка на то, что опись производит нотариус. Прямой запрет на осуществление описи душеприказчиком в законе отсутствует. Более того, в новой редакции ст. 1135 ГК РФ предусмотрено, что исполнитель завещания вправе совершить все необходимые юридические и иные действия в целях охраны наследства (ст. 3 Закона № 259). Но, учитывая доказательственное значение акта описи, предпочтение следует отдавать описи, произведенной нотариусом. При описи обязательно присутствие двух свидетелей, к личности которых установлены строгие требования: полная дееспособность, отсутствие заинтересованности в получении

наследства и т. д. (п. 1 ст. 1172 ГК РФ). Положения п. 26 Рекомендаций о присутствии при производстве описи понятых не применяются, поскольку Рекомендации не являются нормативным актом. При описи могут присутствовать также наследники, исполнитель завещания и представитель органа опеки и попечительства (п. 1 ст. 1172 ГК РФ). При проведении описи нотариусы сталкиваются с препятствием: по действующему законодательству нотариус не наделен правом требовать как допуска в жилые и иные помещения, так и вскрытия хранилищ и сейфов, в которых находится наследственное имущество. Это затрудняет принятие мер по охране наследства. *De lege ferenda* нотариус должен быть наделен таким правом.

При сомнениях по поводу принадлежности наследодателю описываемого имущества нотариус должен принять меры для устранения сомнений. Это объясняется тем, что в функции нотариуса при оформлении наследственных прав включено выявление имущества, составляющего наследство. По одному из дел суд указал, что отказ кредитору в описи наследственного имущества со ссылкой на то, что он не представил документы, подтверждающие принадлежность имущества, находящегося по указанному им адресу, не основан на законе: «...нотариус должен включить в акт описи все имущество, указанное в сообщении, при необходимости направить запросы в соответствующие организации... законодательство не наделяет кредитора правом розыска и выявления наследственного имущества. В связи с этим он не имеет возможности определить наименование имущества и указать конкретные помещения, где оно расположено»¹¹.

В силу нормы п. 3 ст. 1171 ГК РФ банки и иные юридические лица обязаны по запросу нотариуса сообщать о находящемся у них имуществе наследодателя. Обязанность граждан предоставлять нотариусу необходимую информацию законом не предусмотрена. Представляется, что этот пробел в законе должен быть устранен. Очевидно, что процедура описи требует более четкой регламентации, отсутствие которой затрудняет выполнение нотариусом своих функций,

¹¹ Апелляционное определение Московского областного суда от 14.03.2013 по делу № 33–6209/13.

с одной стороны, и создает угрозу нарушения прав заинтересованных лиц — с другой.

V

Опись наследственного имущества нередко сопровождается его оценкой. Требовать оценки в рамках принятия мер по его охране могут лица, имеющие право присутствовать при описи имущества (п. 2 ст. 1172 ГК РФ).

Оценка наследственного имущества проводится с разными целями (для расчета обязательной доли, раздела наследства и т. д.). Иногда оценка требуется для охраны наследства. В любом случае, необходимые расходы на оценку имущества имеют ту же природу, что и расходы на принятие мер по охране наследства, а потому должны возмещаться наравне с последними в порядке ст. 1174 ГК РФ. Следует согласиться с мнением о том, что императивное правило о разложении расходов по оплате услуг независимого оценщика на всех наследников в ряде случаев небесспорно (например, если оценка уже была сделана и проведение новой оценки ничем не мотивировано)¹². Однако в случае спора суд, установив, что расходы на оценку не были *необходимыми*, откажет в их возмещении со ссылкой на норму ст. 1174 ГК РФ.

VI

Передача на хранение вещей, входящих в состав наследства, осуществляется как душеприказчиком, так и нотариусом.

В отношении некоторых вещей установлены специальные правила (п. 2 ст. 1172 ГК РФ): валютные ценности, драгоценные металлы и камни, изделия из них и не требующие управления ценные бумаги передаются банку по договору хранения; наличные деньги должны быть внесены в депозит нотариуса. Эти правила, поскольку в законе не указано иное, распространяются на действия как нотариуса,

¹² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный) / И. В. Елисеев и др.; под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2005. С. 152 (автор комментария — Ю. К. Толстой).

так и душеприказчика. Но нельзя не согласиться, что в отношении исполнителя завещания столь строгие ограничения нецелесообразны. Он (особенно если это юридическое лицо) может иметь возможность сохранить ценности без обращения к третьим лицам, избегая тем самым ненужных расходов. Регламентация прав исполнителя завещания в части принятия мер по охране наследства нуждается в совершенствовании.

То же касается обязанностей нотариуса. В соответствии с долголетней практикой некоторые ценные бумаги передаются наследникам либо хранятся у нотариуса. Типичным примером является сберегательная книжка на предъявителя, которая является *ценной бумагой* (ст. 843 ГК РФ). Это противоречит буквальному смыслу п. 2 ст. 1172 ГК РФ, но считается допустимым¹³. Представляется, что норму указанного пункта ст. 1172 следует толковать ограничительно в случаях, когда это не противоречит целям института охраны и управления наследством.

От ценных бумаг следует отличать документы, подтверждающие права на объекты гражданских прав. Нормы о передаче выявленного наследственного имущества на хранение к таким документам не применяются. Душеприказчик либо нотариус самостоятельно решают, как сохранить документы до определения круга наследников. Например, документы на транспортное средство часто передаются хранителю этого средства; именная сберегательная книжка — наследнику; документы могут быть оставлены у нотариуса. То же касается банковских карт.

Если при описи имущества наследодателя выявлены оружие, боеприпасы и взрывчатые вещества, нотариус обязан уведомить орган исполнительной власти, уполномоченный в сфере оборота оружия (п. 3 ст. 1172 ГК РФ). Этот орган изымает оружие для ответственного хранения¹⁴. Однако на практике нотариусы иногда продолжают руководствоваться правилом п. 26 Рекомендаций о том, что такое

имущество передается органам внутренних дел по отдельной описи. Указанное правило, как это следует из текста закона, обращено к нотариусу. Но поскольку оно направлено на защиту публично значимых интересов, его следует применять и к исполнителю завещания.

О выявленном при описи имуществе, представляющем историческую, научную, художественную или иную культурную ценность, нотариус сообщает в соответствующие органы государственной власти или местного самоуправления (п. 26 Рекомендаций)¹⁵. Это правило распространяется и на душеприказчика.

В отношении остальных вещей решение о том, нужно ли передать их на хранение и кому передать, принимает соответственно душеприказчик либо нотариус.

Передача имущества на хранение, как это прямо следует из п. 4 ст. 1172 ГК РФ, осуществляется по договору хранения (см. ст. ст. 886, 921 и 922 ГК РФ). Поскольку отношения носят сугубо правовой характер и обязывают лицо, которому передано имущество, договор должен заключаться во всех случаях, в том числе когда имущество передается на хранение наследникам. Если передача имущества осуществляется душеприказчиком, требование к форме договора хранения часто не соблюдается. В данном случае применяются общие последствия несоблюдения простой письменной формы договора (ст. 162 ГК РФ).

При выборе хранителя душеприказчик действует по собственному усмотрению. Нотариус же обязан руководствоваться нормой п. 4 ст. 1172 ГК РФ: имущество передается на хранение кому-либо из наследников, «а при невозможности передать его наследникам — другому лицу по усмотрению нотариуса». Толковать термин *невозможность* следует с учетом цели договора (сохранение имущества). Поэтому невозможность может быть связана как с отсутствием наследников либо их нежеланием принять имущество на хранение, так и с их физическими либо моральными качествами.

¹³ См.: Зайцева Т. И. Наследственное право в нотариальной практике: комментарии (ГК РФ, ч. 3, разд. V), метод. рекомендации, образцы док., норматив. акты, судеб. практика: практическое пособие. М., 2005. С. 287.

¹⁴ Ст. 20 Федерального закона от 13.12.1996 № 150-ФЗ (ред. от 01.07.2017) «Об оружии».

¹⁵ О понятии культурных ценностей см. Федеральные законы от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации», от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации», от 15.04.1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей».

При заключении договора душеприказчик либо нотариус выступают на стороне поклажедателя. В ст. 66 Основ включено правило о том, что нотариус обязан предупредить хранителя «об ответственности за растрату, отчуждение или сокрытие наследственного имущества и за причиненные наследникам убытки». Это правило не изменяет установленную ст. 901 и 902 ГК РФ ответственность хранителя за сохранность переданного ему имущества. Выражения, использованные в тексте статьи (растрата, отчуждение, сокрытие), не оставляют сомнений в том, что в ней воплощен трагикомический опыт борьбы за наследства.

Договор хранения наследственного имущества с наследниками заключается только на безвозмездной основе (ст. 67 Основ). Это легко объяснить: ведь наследники хранят имущество в своих интересах. В отношении таких договоров не применяется норма о том, что хранение осуществляется бесплатно, если это прямо предусмотрено договором (п. 5 ст. 896 ГК РФ).

Остальные хранители имеют право на вознаграждение за хранение имущества (ст. 67 Основ, ст. 896 ГК РФ). Вознаграждение уплачивают наследники. Оно является частью расходов на охрану наследства (ст. 1174 ГК РФ)¹⁶.

От платы за услуги по хранению следует отличать расходы на содержание имущества (например, на корм для животных, на оплату аренды помещения, в котором находятся вещи, и т. д.). Выгода от использования вещей может выражаться в получении плодов, продукции или доходов (см. ст. 136 ГК РФ). Расходы, не покрытые полученной выгодой, включаются в состав расходов на охрану наследства (ст. 1174 ГК РФ) и должны компенсироваться всем хранителям, включая наследников (ст. 67 Основ).

При прекращении мер по охране наследства судьба договора хранения будет зависеть от конкретных обстоятельств: договор либо

¹⁶ Постановлением Правительства РФ от 27.05.2002 № 350 «Об утверждении предельного размера вознаграждения по договору хранения наследственного имущества и договору доверительного управления наследственным имуществом» (далее — Постановление № 350) установлен предельный размер вознаграждения по договору (не более 3 % оценочной стоимости наследственного имущества).

прекратится с передачей имущества наследникам, либо в договоре произойдет замена лица на стороне поклажедателя (ст. 382 ГК РФ).

VII

К мерам по управлению наследством традиционно относят исключительно доверительное управление наследственным имуществом. Это объясняется просто: только эта форма управления наследством специально урегулирована в ГК РФ (ст. 1173). Однако из закона не следует, что не могут существовать иные способы управления наследством. В частности, на это указывают новеллы, которые вступят в силу 1 сентября 2018 года: «Завещатель ... вправе предусмотреть обязанность исполнителя завещания голосовать в высших органах корпораций таким образом, который указан в завещании. В завещании, условия которого предусматривают создание наследственного фонда, завещатель может указать также полномочия исполнителя завещания по совершению фактических и юридических действий, связанных с созданием наследственного фонда» (ст. 3 Закона № 259).

В ст. 1173 ГК РФ включен открытый перечень видов имущества, наличие которого в составе наследства требует учреждения доверительного управления: «предприятие, доля в уставном (складочном) капитале хозяйственного товарищества или общества, ценные бумаги, исключительные права и тому подобное». Но из закона не следует, что в отношении такого имущества доверительное управление обязательно. Не указаны и признаки, которые позволяют решить, целесообразно ли учреждать управление. Эти признаки приходится выводить из понятия об управлении как общенаучной категории и понятия о доверительном управлении имуществом как юридической категории.

Бесспорно, что управление предполагает не действие, а деятельность, т. е. разноплановые и/или систематические действия. Бесспорно и то, что эти действия подчиняются цели управления. Поэтому особенностью договора доверительного управления в сравнении с большинством других договоров является, в частности, то, что доверительный управляющий вправе совершать любые фактические и юридические действия, способствующие достижению цели управления. Деятельность во исполнение договора доверительного

управления — деятельность, «допускающая такую степень свободы воли управляющего, которая соизмерима с его целями, но не нарушает законов управляемой системы»¹⁷.

Доверительное управление учреждается в различных целях, но чаще всего с целью получения доходов от управления имуществом, о чем свидетельствует статья 1023 ГК РФ: доверительный управляющий получает вознаграждение за счет доходов от использования имущества. Целью же доверительного управления наследством, как и иных мер по охране и управлению им, является не приумножение, а *сохранение наследственного имущества* (п. 2 ст. 1171 ГК РФ). Именно этой цели должны соответствовать правила, определяющие обязанности управляющего наследством лица, условия получения им вознаграждения и т. п.

По общему правилу доверительное управление имуществом учреждается тогда, когда собственник (обладатель) не имеет фактической возможности или не желает самостоятельно управлять своим имуществом. Управление же наследством учреждается и потому, что до момента оформления наследственных прав наследники чаще всего не имеют юридической возможности управлять перешедшим к ним по наследству имуществом.

В свете действующего законодательства учреждение доверительного управления наследственным имуществом необходимо, если 1) сохранение этого имущества невозможно помимо управления им, путем заключения более простых договоров (хранения, охраны, возмездного оказания услуг и т. д.) и 2) до оформления наследственных прав действия, необходимые для сохранения наследства, не могут быть совершены наследниками самостоятельно.

Специальные нормы о доверительном управлении наследственным имуществом весьма лапидарны (ст. 1173 ГК РФ). Определенным подспорьем служат правила ст. 1171 ГК РФ. Общие нормы о доверительном управлении (ст. 1012–1026 ГК РФ) применяются, если иное не предусмотрено специальными нормами Части третьей ГК РФ либо не вытекает из существа отношений (п. 2 ст. 1026 ГК РФ).

¹⁷ Беневоленская З. Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства. СПб., 2002. С. 31.

Нормы, регулирующие отношения по доверительному управлению наследственным имуществом, являются исключением из общего правила о том, что учредитель должен быть собственником передаваемого в управление имущества (ст. 1014 ГК РФ). Поэтому указанные нормы не могут толковаться расширительно, их содержание не может предполагаться, к указанным отношениям не могут применяться аналогия права или закона.

VIII

Путем толкования закона можно прийти к следующим выводам.

1) Учреждение управления наследственным имуществом возможно независимо от того, приняли ли наследники наследство. Наследник имеет право подать заявление об учреждении управления (ст. 1171 ГК РФ), а подача заявления рассматривается как действие, свидетельствующее о принятии наследства (ст. 1153 ГК РФ). Значит, законодатель исходит из того, что управление осуществляется и в том случае, если наследники приняли наследство. *De lege ferenda* такое положение следует сохранить, поскольку наследники, принявшие наследство, до момента определения круга наследников и оформления наследственных прав не будут иметь юридической возможности самостоятельно осуществлять управление некоторыми видами наследственного имущества, почему и появляется необходимость в учреждении управления.

2) Учредителем в договоре доверительного управления наследственным имуществом является нотариус (ст. 1173 ГК РФ, ст. 1126 ГК РФ). По мнению некоторых специалистов, этот вывод противоречит ст. 47 Основ, в соответствии с которой нотариус не может совершать нотариальные действия от своего имени. Противоречие мнимое. Указанный запрет необходим, чтобы соблюсти один из основных принципов нотариальной деятельности — принцип беспристрастности и независимости деятельности нотариуса (ст. 5 Основ). Беспристрастность нотариуса может оказаться под угрозой не тогда, когда он будет действовать от своего имени, но когда будет действовать от своего имени и в своем интересе. Поскольку при заключении договора доверительного управления нотариус действует лишь

ex officio и не имеет собственного гражданско-правового интереса, он не действует «от своего имени» в том смысле, который следует из ст. 47 Основ. Перед нами один из примеров того, что понятия «от своего имени» и «в своем интересе» — самостоятельные юридические понятия¹⁸.

3) Доверительным управляющим может выступать любое лицо, кроме учреждения и государственного (муниципального) органа (ст. 1015 ГК РФ). Если управление наследственным имуществом связано с осуществлением лицензируемой деятельности, управляющим может быть только лицо, имеющее соответствующую лицензию¹⁹. Доверительное управление эмиссионными ценными бумагами по общему правилу осуществляется на основании лицензии, выдаваемой Банком России²⁰. Но, в случае если доверительное управление связано только с осуществлением управляющим прав по ценным бумагам, наличие лицензии не требуется²¹.

Доверительное управление наследственным имуществом может осуществляться как в качестве предпринимательской деятельности, так и вне ее рамок. Не является предпринимательской деятельностью доверительное управление, осуществляемое гражданином или некоммерческой организацией хоть и за плату, но не систематически.

Если в завещании назначен душеприказчик, он в силу закона приобретает обязанности доверительного управляющего (ст. 1173 ГК РФ). В остальных случаях с управляющим должен быть заключен договор. Договор заключает нотариус. Но кто при этом выбирает управляющего? Нотариус учреждает управление по заявлению наследников либо иных заинтересованных лиц (ст. 1171 ГК РФ). По общему правилу именно заявители указывают, кого они хотят видеть в качестве управляющего. Если по просьбе заинтересованных лиц нотариус сам подбирает управляющего, он, тем не менее, обязан получить их явно выраженное

согласие на заключение договора с конкретным лицом. Ведь нотариус действует в чужом интересе, рискуя чужим имуществом.

Практика колеблется в ответе на вопрос о том, допустимо ли возлагать функции доверительного исполняющего на наследника? В силу ст. 1015 ГК РФ доверительный управляющий не может быть выгодоприобретателем по договору доверительного управления. Наследник (за исключением случая, когда он отказался от наследства) — выгодоприобретатель, пусть и потенциальный. Отступление от правила ст. 1015 ГК РФ может привести к конфликту интересов наследников. Помимо прочего они будут поставлены в неравное положение: в отличие от остальных наследников, наследник-управляющий сможет осуществлять в отношении наследственного имущества все правомочия, в том числе и тогда, когда имущество принадлежит наследникам на праве общей долевой собственности (ст. 1164 ГК РФ). Однако речь идет о гражданско-правовых отношениях. Если все лица, заинтересованные в сохранении наследства, примут общее решение о назначении управляющим одного или нескольких наследников, веские основания для ограничения их прав отсутствуют.

4) С фигурой выгодоприобретателя связаны наиболее сложные теоретические и практические проблемы доверительного управления наследственным имуществом. Указание в договоре имени (наименования) выгодоприобретателя отнесено ст. 1016 ГК РФ к существенным условиям договора доверительного управления. Очевидно, выгодоприобретателем должен считаться наследник, но очевидно и то, что круг наследников в большинстве случаев не может быть определен к моменту заключения договора. Для устранения этого противоречия в литературе предложено при неопределенности состава наследников считать выгодоприобретателем по договору нотариуса — учредителя. Эта идея обосновывается тем, что у нотариуса есть особый интерес в сохранении имущества — интерес должностного лица публичного права, выполняющего обязанность, возложенную на него законом²². С предложенным решением нельзя согласиться.

¹⁸ Сказанное не позволяет согласиться с мнением о том, что договор может быть заключен в интересах нотариуса (см.: Наследственное право / под ред. К. Б. Ярошенко. М., 2005. С. 225; автор раздела — О. Шилохвост).

¹⁹ См. Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности».

²⁰ Ст. 39 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» от 22.04.1996 № 39-ФЗ.

²¹ Там же, ст. 5.

²² См.: Шилохвост О. Особенности доверительного управления наследственным имуществом // ЭЖ-Юрист. 2006. № 7. С. 8. См. также: Ходырев П., Янушкевич Е. Доверительное управление наследством // ЭЖ-Юрист. 2005. № 38. С. 3.

Понятие выгодоприобретателя введено для целей гражданско-правового регулирования, поэтому и интерес выгодоприобретателя должен иметь гражданско-правовой характер. При ближайшем рассмотрении оказывается, что признание за нотариусом статуса выгодоприобретателя ничего не изменит по сути. Назвав нотариуса выгодоприобретателем, мы не дадим ему ни прав в отношении имущества, ни прав на доходы от имущества. Исходя из существа наследственных отношений, следует признать, что выгодоприобретателями по договору должны быть признаны наследники, круг которых определится по истечении срока для принятия наследства. В данном случае на момент заключения договора состав выгодоприобретателей будет не *определенным, а определимым*.

5) Форма и существенные условия договора доверительного управления наследственным имуществом за отсутствием специальных норм определяются общими положениями о доверительном управлении.

Вознаграждение доверительного управляющего не может превышать предел, установленный на основании п. 6 ст. 1171 ГК РФ (см. Постановление № 350), а расходы на его выплату распределяются между наследниками в общем порядке.

IX

С 1 сентября 2018 года в силу вступает новая редакция ст. 1173 ГК РФ (ст. 3 Закона № 259). Законопроекты, касающиеся совершенствования норм об управлении наследством, неоднократно рассматривались на заседаниях Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и подвергались критике как концептуально, так и с точки зрения юридической техники²³. Несмотря на усилия экспертного сообщества, в новую редакцию ст. 1173 ГК РФ включен ряд не проверенных на практике, вызывающих удивление норм.

²³ См. экспертные заключения по проекту Федерального закона № 801269–6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятые на заседаниях от 13.07.2015 № 144–1/2015 и от 08.02.2016 № 149–1/2016.

Введено требование о том, что условием заключения договора доверительного управления является предварительное получение от независимого оценщика оценки той части имущества, которая передается в управление. Неясно, чем объясняется эта новелла. Расходы на проведение оценки могут составить внушительную сумму и затронуть интересы не только наследников, но и кредиторов (поскольку выплачиваются до расчетов с ними). Часто такая оценка не является объективно необходимой. До сих пор практика не сталкивалась с проблемами, которые могли бы быть вызваны отсутствием такого требования.

Правило о том, что исполнитель завещания считается доверительным управляющим наследственным имуществом с момента выражения им согласия быть исполнителем завещания, абсурдно в том случае, если такое согласие выражено до открытия наследства (см. ст. 1134 ГК РФ).

Целью доверительного управления наследственным имуществом в новой редакции ст. 1173 ГК РФ указано не только его сохранение, но и увеличение его стоимости. Это положение не только противоречит целям института охраны и управления наследством как промежуточной меры, но и игнорирует возможную волю наследодателя.

Впрочем, если сопоставить это указание с другими новеллами, его смысл проясняется. Договор доверительного управления наследственным имуществом теперь может быть заключен на срок до пяти лет. Если в течение этого срока хотя бы один из наследников получит свидетельство о праве на наследство в отношении переданного в управление имущества либо его части, к такому наследнику перейдут права и обязанности учредителя доверительного управления. Наследник вправе «прекратить доверительное управление (читай — расторгнуть договор. — *Н.Р.*) и потребовать от доверительного управляющего передачи ... имущества, права на которое перешли к этому наследнику». И далее: «При непредъявлении наследниками требования о передаче им имущества ... договор доверительного управления считается продленным на срок пять лет». А теперь — сюрприз. Доверительный управляющий наследственным имуществом не вправе исполнять обязательства наследодателя за счет переданного ему в доверительное управление имущества до выдачи одному из наследников свидетельства о праве на наследство (п. 3 ст. 1173 ГК РФ в новой редакции).

Исключение касается только расходов, вызванных предсмертной болезнью наследодателя, расходов на его достойные похороны, на охрану наследства и управление им, а также расходов, связанных с исполнением завещания (ст. 1174 ГК РФ).

Как известно, получение свидетельства о праве на наследство — право, а не обязанность наследников. Если они не намерены воспользоваться своим правом, кредиторам придется «обещанного ждать» не три года, как сулит поговорка, а десять лет. Наследники же за это время приумножат свое богатство. Становится ясно, почему придуманная авторами закона модель доверительного управления имеет целью не банальное сохранение наследственного имущества, но увеличение его стоимости.

Предложенное регулирование помимо общего вопроса (на каком основании наследственное имущество, переданное в доверительное управление, выводится из-под взысканий кредиторов?) вызывает много частных. В отличие от общего правила ст. 1171 ГК РФ (меры по охране и управлению наследством действуют в течение времени, необходимого наследникам для вступления во владение наследством) доверительное управление наследственным имуществом поставлено в зависимость от получения наследником свидетельства о праве на наследство. Несмотря на то что круг наследников определен, нотариус, возможно в течение 10 лет, будет обязан раз в два месяца получать отчет управляющего (п. 5 ст. 1173 ГК РФ в новой редакции) и постоянно контролировать исполнение им своих обязанностей. Вряд ли такое решение соответствует целям нотариата. Практике придется разбираться со многими «мелочами», о которых не подумали лица, ответственные за принятие закона. Может ли наследник, которому принадлежит лишь конкретное имущество, получив свидетельство о наследстве, приобрести права учредителя в отношении всего имущества, переданного в доверительное управление? Возможно ли продление договора доверительного управления, если свидетельство о наследстве получено, а требование о передаче имущества (как это указано в новой редакции ст. 1173 ГК РФ) не заявлено? И т. д., и т. п.

Справедливости ради обратим внимание на две удачные новеллы, которые разрешат споры (эти споры были рассмотрены выше).

Во-первых, в новой редакции ст. 1173 ГК РФ прямо предусмотрено исключение из правил о договоре доверительного управления: в договоре доверительного управления наследственным имуществом выгодоприобретатель не указывается²⁴. Во-вторых, в закон включено указание на то, что наследник может выступать в качестве доверительного управляющего, если на то будет получено согласие иных наследников, выявленных к моменту назначения доверительного управляющего, а при отсутствии такого согласия — на основании решения суда.

²⁴ Вопросы вызывает исключение из этого правила: выгодоприобретателем указывается отказополучатель, в пользу которого в период совершения действий по охране наследственного имущества и управлению им должны быть совершены действия во исполнение завещательного отказа. Как в отношениях по доверительному управлению имуществом права такого отказополучателя соотносятся с правами наследников?

Т. Ю. БАРИШПОЛЬСКАЯ*

КОЛЛИЗИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВЕЩНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ С «ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ» В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Коллизионные нормы, предусматривающие выбор права, подлежащего применению к вещным правоотношениям с иностранным элементом, традиционно немногочисленны и относительно редко претерпевают существенные изменения. Вместе с тем без таких норм невозможна полноценная правовая регламентация международных частных отношений¹.

В соответствии с Федеральным законом от 30.09.2013 № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» коллизионное регулирование многих категорий правоотношений с иностранным элементом подверглось значительным изменениям. Такой вывод можно сделать и применительно к вещным правоотношениям. Однако при этом подход законодателя к некоторым постулатам международного вещного права остался неизменным.

Так, в соответствии с нормой ст. 1205 ГК РФ вещный статут традиционно определяется как право страны, где имущество (объект вещного права) находится.

В то же время в VI разделе ГК РФ в редакции 2013 года появилась заслуживающая поддержки новелла принципиального характера в виде ст. 1205.1 «Сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам».

* *Баришпольская Татьяна Юльевна* — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета (Томск).

¹ См.: *Международное частное право: Учебник для бакалавров* / отв. ред. Г. К. Дмитриева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2013. С. 244.

До включения в раздел VI ГК РФ соответствующих норм вопросы, относящиеся к сфере действия вещного статута, не будучи закрепленными в законе, постоянно выступали объектом дискуссии в доктрине международного частного права, а также получали неоднозначное толкование при разрешении дел из частных правоотношений с иностранным элементом. Теперь круг этих вопросов (сфера действия вещного статута) определен в законе².

В частности, правом, подлежащим применению к вещным правам, определяются: виды объектов вещных прав, оборотоспособность объектов вещных прав, виды вещных прав, содержание, осуществление и защита вещных прав. Сюда же отнесены вопросы возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на имущество, в том числе переход права собственности. Это законодательное положение заслуживает особого внимания в сопоставлении с другими коллизионными правилами.

Здесь следует учитывать, что в «новой» редакции раздела VI ГК РФ сохранена действовавшая с 1 марта 2002 года коллизионная норма п. 1 ст. 1206 ГК РФ, которая предусматривает выбор применимого права также для разрешения вопросов возникновения и прекращения вещных прав.

Таким образом получается, что действуют две коллизионные нормы, регулирующие выбор права применительно к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав. Одна из них отсылает к праву страны, где имущество находится (ст. 1205 ГК РФ), а другая — к праву страны, где имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для возникновения либо прекращения права собственности... (п. 1 ст. 1206 ГК РФ). Очевидно, что отсылки не совпадают. Наблюдается коллизия уже самих коллизионных норм.

Однако если проанализировать эти законодательные положения более глубоко, то конкуренция рассматриваемых коллизионных норм как будто бы снимается отговоркой «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом (ст. 1205.1 ГК РФ).

² *Международное частное право: Учебник для бакалавров* / отв. ред. Г. К. Дмитриева. М.: Проспект, 2015. С. 169.

А «иное» как раз предусмотрено в виде существующего в ст. 1206 ГК РФ специального коллизионного регулирования возникновения и прекращения вещных прав, причем регулирования всеобъемлющего, то есть рассчитанного на все основания и способы возникновения и прекращения вещных прав.

Тогда правомерен вопрос: когда, в каких случаях возникновение и прекращение вещных прав будет подчиняться вещному статуту, то есть подпадать под действие именно нормы ст. 1205.1 ГК РФ, а не ст. 1206 ГК РФ? В более резкой форме этот же вопрос может быть сформулирован следующим образом: что остается на «долю» вещного статута применительно к аспекту возникновения и прекращения вещных прав? Или же в ст. 1205.1 ГК РФ выражен некий «резервный» вариант «на всякий случай»?

Кроме того, в норме п. 1 ст. 1206 ГК РФ также содержится оговорка «если иное не предусмотрено законом». Имел ли здесь законодатель в виду лишь специальное, более «узкое» регулирование по сравнению с п. 1 ст. 1206 ГК РФ (в частности, содержащееся в п. 2–4 ст. 1206 ГК РФ) или же, закрепив эту оговорку, не исключил также применения нормы ст. 1205.1 ГК РФ о сфере действия вещного статута для разрешения вопросов возникновения и прекращения вещных прав?

Но, наверное, вопросов уже поставлено достаточно.

Предлагаемый вариант оптимального правового регулирования, направленный на устранение конкуренции норм ст. 1205.1 и ст. 1206 ГК РФ, излагается в завершающей части данной публикации.

Специального анализа заслуживает толкование и применение нормы п. 1 ст. 1206 ГК РФ как таковой: «Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом».

Как уже было отмечено, коллизионное регулирование, содержащееся в п. 1 ст. 1206 ГК РФ, применимо в принципе ко всем способам и основаниям возникновения и прекращения вещных прав, кроме такого основания, как наследование. Переход вещных прав от наследодателя к наследникам и, соответственно, возникновение вещных

прав у наследников в рамках наследственных правоотношений подпадает под действие наследственного статута, который в российском коллизионном праве определяется на основе норм ст. 1224 ГК РФ.

В то же время норма п. 1 ст. 1206 ГК РФ ориентирует на существование специальных правил, относительно которых она выступает в качестве общего предписания. Такие специальные правила-изъятия, рассчитанные на особые случаи выбора права для разрешения вопросов возникновения и прекращения вещных прав, закреплены в пп. 2–4 ст. 1206 ГК РФ.

При применении же общей нормы следует учитывать, во-первых, место нахождения вещи и, во-вторых, именно в момент, когда происходит юридический факт, являющийся **основанием** для возникновения либо прекращения вещного права.

Думается, всё же ключевым термином в этом контексте можно считать термин «основание». Поэтому в связи с применением данной нормы прежде всего в разрешении нуждается вопрос, что считать соответствующим основанием.

Как известно, категория «основания», как, впрочем, и категория «способы» возникновения (прекращения) вещных прав являются предметом дискуссии в цивилистической теории³. При этом в различных случаях приобретения (прекращения) вещного права первоначальным или производным способом раскрытие содержания понятия «основание» представляется не таким уж и простым делом, особенно если речь идет об основаниях приобретения права собственности первоначальным способом, и тем более если учесть, что мы имеем дело с международными частными отношениями и разными национальными правовыми порядками. Например, что считать основанием возникновения права собственности в случае присвоения имущества, составляющего клад или находку? Или что должно рассматриваться в качестве основания прекращения права собственности в ситуации изъятия бесхозяйственно содержимых культурных ценностей?

³ Гражданское право: Учебник в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М.: РГ-Пресс, 2013. С. 625–626.

Если попытаться применить норму п. 1 ст. 1206 ГК РФ к приобретению права собственности на движимое имущество по сделке, то прежде всего следует исходить из того, что основанием прекращения права собственности у отчуждателя и возникновения права собственности у приобретателя выступает отчуждательная сделка. Однако, как известно, обязательственная сделка сама по себе не переносит право собственности и не имеет вещно-правового эффекта⁴. Момент возникновения права собственности у приобретателя связывается, как правило, с передачей вещи, в каких бы формах она ни осуществлялась в различных правовых порядках. Передача вещи является юридическим фактом, который завершает юридический состав, влекущий вещно-правовые последствия. Также в законе и в договоре возможно связать переход права собственности с другими юридическими фактами, например с фактом полной уплаты цены товара и иными обстоятельствами.

В данном контексте хотелось бы особо отметить значимость теоретического наследия Б. Л. Хаскельберга, в трудах которого содержится подробный анализ таких аспектов, как основания приобретения и прекращения права собственности, момент возникновения права собственности⁵. Б. Л. Хаскельбергом неоднократно подчеркивалась необходимость разграничения этих понятий, но в то же время их связь. Исследования Б. Л. Хаскельберга напрямую не затрагивают область международного частного права. Но выводы автора могут быть безусловно применены при анализе вещных правоотношений с иностранным элементом.

В свете сказанного при толковании нормы п. 1 ст. 1206 ГК РФ неизбежно возникает вопрос: с местом нахождения вещи в какой момент связывать выбор права? Следует учитывать место нахождения вещи в момент совершения сделки (заключения договора) или в момент передачи вещи (иного действия, непосредственно влекущего переход

⁴ Суханов Е. А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. С. 153.

⁵ Например, можно сослаться на обстоятельный анализ, сделанный Б. Л. Хаскельбергом в статье «Правовая природа и значение государственной регистрации сделок о приобретении недвижимости в собственность» (Гражданско-правовые исследования: Ежегодник гражданского права. Вып. 3 / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. М.: Статут, 2007. С. 310–312).

права собственности)? В тот или иной момент возможно нахождение вещи в разных государствах. Соответственно возможен выбор разных правовых порядков для разрешения одних и тех же правовых вопросов применительно к одной и той же сделке.

По понятным причинам значительно проще решается коллизионная проблема применительно к возникновению и прекращению права собственности на недвижимое имущество по сделке. Поскольку недвижимое имущество имеет прочную связь с землей и всегда находится в одном и том же месте (государстве), соответственно, будем мы связывать выбор применимого права с моментом совершения сделки или с моментом государственной регистрации перехода права собственности, это не повлияет на решение коллизионного вопроса. Применимым материальным правом всегда будет право страны, где находится недвижимость.

В некоторых довольно широко распространенных в международной практике случаях выявление основания возникновения или прекращения вещного права не составляет никаких трудностей. Но проблемы правоприменения создает другой момент: место нахождения вещи. Так, в случаях национализации, также конфискации имущества основанием прекращения права частной собственности и одновременно основанием возникновения права публичной собственности несомненно выступает законодательный акт о национализации или судебный акт о конфискации. Но в момент принятия соответствующего акта имущество собственника может находиться в разных государствах. А значит, решение вопросов возникновения (прекращения) права собственности на все эти объекты должно подчиняться разным правовым порядкам.

В связи с вышеизложенным представляется, что основная коллизионная норма общего действия, регулирующая выбор права для разрешения вопросов возникновения и прекращения вещных прав, нуждается в совершенствовании. Автором предлагается следующая редакция п. 1 ст. 1206 ГК РФ: возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, повлекшие возникновение либо прекращение права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом.

При таком подходе в случаях, когда для возникновения либо прекращения вещного права требуется некая совокупность юридически значимых обстоятельств, выбор применимого права можно будет связать с юридическим фактом, который завершает юридический состав и после которого субъективное вещное право считается возникшим или прекращенным.

Коллизионное регулирование вещных отношений еще более осложняется наличием нормы-новеллы п. 3 ст. 1206 ГК РФ, появившейся в VI разделе ГК РФ в 2013 году: «Стороны могут договориться о применении к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество права, подлежащего применению и их сделке, без ущерба для прав третьих лиц». Из содержания нормы следует, что возникновение и прекращение права собственности на имущество по сделке должно подчиняться обязательственному статусу.

Само по себе это положение не только не вызывает возражений, а, напротив, заслуживает поддержки. Однако, думается, в этом вопросе законодатель должен был проявить большую последовательность. Так, если стороны сделки не придут к соответствующему соглашению, будет иметь место нежелательное разделение статуса: возникновение и прекращение права собственности на движимое имущество по сделке будет относиться к сфере действия правопорядка, избираемого на основе норм ст. 1205.1, п. 1 ст. 1206 ГК РФ (вещного статуса), а права и обязанности сторон сделки — соответственно к сфере обязательственного статуса (ст.ст. 1210, 1211 ГК РФ).

В итоге все вышесказанное дает основания сформулировать следующие предложения по совершенствованию правового регулирования вещных отношений с иностранным элементом в Гражданском кодексе Российской Федерации.

Необходимо изъять из сферы действия вещного статуса такой аспект, как возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав, в том числе переход права собственности, исключив из нормы ст. 1205.1 ГК РФ пункт 5.

Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав следует определять по праву, избираемому в соответствии с критериями, указанными в п. 1 ст. 1206 ГК РФ. При этом надо

распространить действие данной нормы на все способы и основания возникновения и прекращения права собственности, иных вещных прав кроме сделки (договора), изменив содержание самой нормы п. 1 ст. 1206 ГК РФ, как было предложено выше.

Специальные коллизионные правила, закрепленные в п. п. 2, 3 ст. 1206 ГК РФ, следует оставить без изменений.

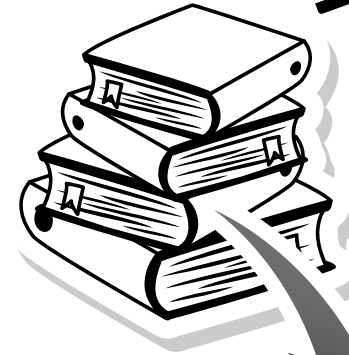
В то же время возникновение и прекращение права собственности на имущество — предмет сделки (договора) должно регулироваться правом, применимым к обязательственно-правовым последствиям договора (правам и обязанностям сторон). Таким образом, возникновение и прекращение права собственности, иных вещных прав на имущество по сделке следует включить в сферу действия обязательственного статуса, как это произошло с формой сделки (п. 1 ст. 1209 ГК РФ). Очевидно, что в отчуждательных сделках главное — перенос (переход) права собственности на приобретателя. Представляется, этот переход должен подчиняться праву (правопорядку), применимому к самой сделке и ее последствиям.

Соответственно, следует внести изменения в ст. 1215 ГК РФ «Сфера действия права, подлежащего применению к договору», включив в нее такой аспект, как возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав.

Разумеется, это положение должно применяться, если сделка имеет основной целью вещно-правовые последствия, например такие, как переход права собственности, установление сервитута, возникновение правомочий по владению и пользованию общим имуществом у участников правоотношения общей долевой собственности на основании соглашения об установлении порядка эксплуатации общего имущества.

Думается, реализация высказанных в данной статье предложений способствовала бы большей эффективности и гармонизации коллизионного регулирования международных вещных правоотношений. Хочу подчеркнуть, что все эти предложения воплощают в себе идею обусловленности коллизионных правил природой гражданских материальных правоотношений и особенностями гражданско-правового регулирования.

infotropic.shop



Самый простой
и удобный способ
купить наши книги



INFOTROPIC
MEDIA
SHOP

infotropic.shop
shop@infotropic.ru



Более 40 способов оплаты

в т.ч. наличные, банковский перевод, МИР, Visa Mastercard, Яндекс.Деньги, PayPal, Webmoney, Qiwi, терминалы оплаты, мобильный телефон



Более 20 способов доставки

в т.ч. самовывоз, курьерская доставка в Москве и крупных городах России, Почта России, транспортные компании, постаматы, пункты выдачи заказов в более 140 городах

Мы доставим в любую точку мира!

Научное издание

**Centesimus annus: памяти Б. Л. Хаскельберга
(1918–2011), к столетию со дня рождения.**

Цивилистические исследования.

Выпуск пятый / Под ред. Е. С. Болтановой, Д. О. Тузова

Выпускающий редактор И.М. Столярова
Дизайн и верстка текста А.А. Савченко

Издательский номер 309
Год издания 2018

ISBN 978-5-9998-0309-2
Подписано в печать 21.05.2018
Формат 60×90/16
Печать цифровая
Бумага офсетная

Усл. печ. л. 13,25
Авт. л. 10,83

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ

ParaType
In Legal Use

Гарнитура Charter

Использованы лицензионные шрифты фирмы «ParaType»



ООО «Инфотропик Медиа»
129337, Москва, ул. Красная Сосна 3/1, БЦ «Северянин»
Заказ книг: (495) 212 92 31 (многоканальный)
sales@infotropic.ru

www.infotropic.ru, интернет-магазин издательства: <http://shop.infotropic.ru>

Все права защищены. Любое копирование, воспроизведение, хранение в информационных системах или передача в любой форме и любыми средствами — электронными, механическими, посредством фотокопирования, записями или иными — любой части этой книги запрещено без письменного разрешения ООО «Инфотропик Медиа».

Издание не содержит информацию, причиняющую вред здоровью и (или) развитию детей, и информацию, запрещенную для распространения среди детей.