На вопросы шеф-редактора журнала «Закон» Владимира Румака отвечает **профессор Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, адвокат Константин Ильич СКЛОВСКИЙ**

ИНСТИТУТ СУДА ЯВНО ОТСТАЕТ ОТ ТРЕБОВАНИЙ ОБЩЕСТВА

Родился в 1955 г. в г. Кызыле (Тыва).

В 1977 г. окончил юридический факультет Ростовского государственного университета.

В 1983 г. принят в члены Ставропольской краевой коллегии адвокатов, в 2001 г. — Краснодарской краевой коллегии адвокатов. С 2003 г. — член Московской городской коллегии адвокатов.

В 1982 г. защитил кандидатскую диссертацию в Харьковском юридическом институте по теории представительства в гражданском праве, в 1999 г. — докторскую диссертацию в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ на тему «Проблемы собственности и владения в гражданском праве».

С 2000 г. работал профессором кафедры гражданского права Кубанского аграрного университета.

С 2003 г. по наст. вр. — профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Московского гуманитарного университета.

С 2002 г. — профессор Российской школы частного права (ныне — Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ).

С 2015 г. по наст. вр. — профессор-исследователь Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Член Совета по кодификации гражданского законодательства при Президенте РФ.

Принимал участие в разработке Концепции развития гражданского законодательства (2008–2009 гг.).

Автор более 200 работ по проблемам права собственности, недействительности сделок и др., в том числе широко известной книги «Собственность в гражданском праве».

Лауреат Золотой медали им. Ф.Н. Плевако.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

— Константин Ильич, в февральском номере «Закона» мы обсуждали реформу вещного права. Спросим и Вас: верите ли Вы в ее результативность?

— Обсуждать любую реформу нужно исходя из ситуации, на изменение которой эта реформа направлена. А в нашей стране ситуация упирается в главную проблему — катастрофический кризис правосудия, который фактически предопределяет все наши возможности и невозможности, причем последних гораздо больше, чем первых. У нас была реформа 1864 г., было обновление Гражданского кодекса 1994 г., прошла вялотекущая реформа по обновлению ГК… Но такого кризиса правосудия, как сегодня, в истории России, по-моему, не было.

— Даже в советское время?

— Если не считать эпоху больших терроров и пр. — да, нынешний кризис действительно можно назвать беспрецедентным, такого не было в гражданском судопроизводстве никогда. В советское время, конечно, гражданская юстиция касалась гораздо более узкой сферы дел, чем сейчас, но степень объективности и обоснованности, предсказуемости судебных решений была не в пример выше.

Проблема современной общей политической идеологии в том, что она чересчур консервативна: давайте не будем ничего менять, оставим все как есть. В отношении судов эта идеология выражается, в частности, в несменяемости руководителей. Но ведь не может такого быть, чтобы никогда ничего не менялось. Само общество меняется, а суды не могут быть вырваны из общества. Если изменения происходят стихийно, то будут возникать разные тенденции, и хорошие, и плохие. Видимо, сегодня возобладали плохие, потому что, на мой взгляд, наше состояние пять лет назад было гораздо лучше, чем оно есть сегодня. А десять лет назад — еще лучше.

Вспомним ликвидацию Высшего Арбитражного Суда — совершенно неслучайное событие. Высший Арбитражный Суд пытался меняться вместе с обществом, и эта попытка была оценена как нежелательная. Не надо меняться. Не надо вводить систему частичных прецедентов, расширять надзор, рассматривать в высшей судебной инстанции такое количество дел, что надзор становится реальной инстанцией. Не сказочной, как сегодня, а реальной. В 2012 г. это был фильтр, который по-настоящему работал. И не потому, что там были те или иные персоналии, а потому, что Суд старался идти в ногу со временем.

Сегодняшние изменения можно охарактеризовать как разнонаправленные, но в целом это деградация. И она воспринимается тем острее, что на волне престижности юридического образования в профессию пришли несколько тысяч толковых юристов, у которых есть запросы к правосудию. А правосудие на эти запросы не отвечает. В итоге начинает нарастать напряжение: психологическое, юридическое, политическое…

> Институт суда явно отстает от требований общества. Вот в этом я вижу беспрецедентность нынешней ситуации.

— Получается, основная проблема в непредсказуемости практики?

— Вы знаете, она предсказуемо ужасна. А общество не хочет получать от судов прогнозируемые решения, в которых извращены и факты, и законы. Недавно я направил в Конституционный Суд жалобу на три нарушения. По двум мне вообще не ответили, а по третьему написали: нарушение не видим. Раньше Конституционный Суд так не работал.

— То есть в целом снизилась культура судебного решения.

— Я не готов сказать, что произошло в целом. Я готов сказать, что кризис нарастает.

— А законодатель может ответить на этот вызов?

— В малой степени может. Вообще, вся эта ситуация подводит нас к тому, о чем и я, и Евгений Алексеевич Суханов не раз говорили: необходимы простые решения.

> Сложные решения у нас не пройдут. И дело не в том, что они неправильные, а в том, что наша система права отталкивает усложнения.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

— Что значит «простые решения»? Минимум дискреции?

— Да, и не очень глубокие конструкции.

Возьмем, например, добросовестность. Это как раз более или менее сложная конструкция, потому что в ее основе лежит двухходовый силлогизм. Ход первый: поведение лица, скажем, приобретателя, незаконное. При простом решении мы бы поставили на этом точку. Но в силлогизме есть и второй ход: такое лицо тем не менее может быть защищено. Или обратная ситуация, которая тоже требует двухходового силлогизма: поведение лица правомерно, но недобросовестно. И это уже сложно. Вот почему для освоения добросовестности нам понадобилось лет 15 и активная позиция Высшего Арбитражного Суда, добившегося восприятия этой конструкции практикой.

> Принцип добросовестности — яркий пример того, что любое мало-мальски сложное решение, которое требует от судов хоть какого-нибудь интеллектуального напряжения и ответственности, у нас сталкивается с непреодолимыми препятствиями.

Конечно, суды разные: одни могут с этой задачей справиться, а другие не могут. В итоге все зависит от высших судебных инстанций, которые будут направлять нижестоящие. Но сегодня они практически не работают. Исключение — кассация в арбитражных судах, которая худо-бедно действует.

— Первая кассация?

— Да, те традиционные кассационные суды, которые были созданы Вениамином Федоровичем Яковлевым и когда-то произвели революцию. Отголоски этой революции пока еще позволяют выстраивать практику, хотя и в этом у меня уже нет уверенности. Но когда речь идет об общей юрисдикции, то там Верховный Суд зачастую демонстрирует более низкую квалификацию, чем даже некоторые судьи первой инстанции. В результате я точно знаю, что если сложное дело попадет в гражданскую коллегию Верховного Суда, оно не будет правильно рассмотрено. То есть решение, может, и будет правильное, а правильного обоснования, а значит, и никаких ориентиров стопроцентно не будет.

Поэтому сложные решения пока обречены у нас на провал. Вы спрашиваете: что в этой ситуации может сделать законодатель? Ну, он может отвечать на возникающие в обществе проблемы. Они объективно есть, и они не связаны с кризисом правосудия. Но жизнь выдвигает все новые вопросы, закон на них не дает ответа. И мы вынуждены находить простые решения.

— Но, наверное, тонкую настройку стоит ждать как раз от судов, а не от законодателя. А если мы ограничимся простыми решениями, не будет ли это шаг назад в развитии судебной практики? Только-только стало складываться понимание того, что суды должны телеологически оценивать правовые нормы. Например, многие называли перспективным Постановление Пленума ВАС о свободе договора[1].

— По моему личному мнению, это сомнительная оценка. Одни нормы Постановления сейчас вымирают, а другие, например о том, что сделка, нарушающая принцип добросовестности, ничтожна, с самого начала были неправильны. Вспомним также устаревшее толкование ст. 428 ГК. Самый сильный, девятый, пункт Постановления сегодня уже опрокинут позитивным правом, независимо от того, хороший он или плохой.

— А как же основной посыл Постановления о том, что суды вправе устанавливать диспозитивность нормы исходя из ее направленности? Говорили, что это должно произвести революцию, позволить уйти от излишне императивного уклона в гражданском праве.

— В этом плане Постановление тоже несостоятельно, потому что обычно, когда возникают казусы, они доходят до высшей инстанции. Высшая инстанция начинает их проблематизировать, т.е. обсуждать. Потом появляется обзор, в котором некоторое количество казусов изложено. Здесь этой работы не было.

И поэтому для судьи сослаться только на постановление Пленума — значит в значительной мере подставить себя под удар. Предположим, судья действительно разобрался в направленности нормы и

[1] Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

вместо императивности усмотрел диспозитивность. Но дальше он начинает рассуждать: а что, если судья апелляционной инстанции не разберется?

> Понимаете, суду не дали защиты, потому что постановление Пленума — защита слабая.

Если у судьи есть достаточно казусов, он всегда может сказать надзирающему: «Вы сами так решили — вот там, там и там. Поэтому и я так решил». А если он сошлется на постановление Пленума, то неизбежно натолкнется на контраргументы типа: «Ты знаешь хоть одно дело Верховного Суда, в котором он так же истолковал? Нет? Тогда подожди. Не лезь». В 2008 или 2009 г. я выступал в петербургском суде по проблеме аванса подрядчика. Судья меня выслушала и, поскольку она была со мной знакома, сказала: «Вы у себя там в Москве так решите, а потом сюда к нам приезжайте». Вот вам образ мышления среднего судьи: не плохого, но стандартного, который хочет не совершать революцию, а дожить до пенсии в своем кресле.

— Это было в первой инстанции?

— Это была кассация, и я им предлагал поломать практику. Но безуспешно, только в 2011 г. ВАС пересмотрел подходы.

> Поэтому Постановление Пленума о свободе договора лично я воспринимаю как кавалерийскую атаку. Ребята, которые получили тогда карт-бланш и написали его, решили, что они тем самым перевернут жизнь. А она так просто не переворачивается.

Это как танковый прорыв без пехоты. Вы захватили высоту, но вам нечем ее удержать и рано или поздно все равно придется отступить. Я это безо всякой радости говорю. Просто если вы хотите, чтобы что-то новое сработало, надо идти поступательно.

— И все-таки, что Вы думаете о реформе вещного права?

— Знаете, по прошествии двенадцати лет ее обсуждения я на манер монтера Мечникова могу сказать: «Я человек, измученный реформой вещного права». Я не хочу снова о ней говорить.

> Есть несколько локальных решений, которые сейчас не то что перезрели, а просто уже превратились в курьез. Первое — это введение владельческой защиты. Пока ее нет, у нас штампуются совершенно невероятные решения, и я множество раз сталкивался в суде с ситуациями, когда сам по себе тезис «незаконное владение достойно защиты» вызывал у суда ступор.

Однажды в кассации судья даже предложила мне сесть и подумать, когда я заявил этот тезис в обоснование своей позиции.

— Интересно, чем кончилось дело?

— После пятого раза второй член коллегии, который, видимо, кое-что все-таки читал, прошептал ей что-то на ухо. Она перестала меня сажать.

— Да, курьезный случай.

— Поэтому владельческую защиту надо законодательно ввести. Второе, что нужно, — наконец расширить приобретательную давность и убрать требование, что она может быть только по сделке. Я уже боюсь употреблять слова «добросовестная», «недобросовестная». У нас сегодня приобретательная давность очень узко трактуется — только когда по сделке приобрел вещь, и всё. А ведь есть еще масса случаев, когда сделка не приобретательная. Ко мне, например, за консультацией обратился человек, проигравший дело в суде. Долгое время он арендовал муниципальный объект. Сидел там пятнадцать лет и попытался взять его в собственность. А ему мало того что отказали, так теперь еще и выгоняют его с этого объекта по мотиву «арендодатель передумал». И у него совсем нет защиты, потому что аренда по нынешнему ГК не дает даже надежды на приобретение по давности. Знаете, в чем там была проблема? Он хотел приватизировать объект как арендатор, а муниципальный собственник не зарегистрировал право собственности. Вот и всё. То есть, в принципе, пока нет регистрации в реестре, мы за вами права на приватизацию не признаем. Таких или похожих случаев по стране, я уверен, десятки и сотни тысяч. У меня есть знакомый бизнесмен, давний мой клиент, который когда-то купил по непонятной, совершенно сомнительной сделке склад на большом объекте. Никто его с этого склада не выгоняет. Он там

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

живет лет пятнадцать, а то и двадцать. Его не трогают, но он не может ни налоги платить, ни договор на вывоз мусора заключить, потому что он никто. Он пошел в суд с иском о признании его незаконным владельцем. Суд говорит: «Это невозможно». Он уточняет: «Я же не говорю „законным“. Признайте просто владельцем». Нет, отказали. Он пришел ко мне, я расписал, почему это возможно. В Верховном Суде опять говорят: «Вы хотите приобрести по давности». Я отвечаю: «Мы не хотим приобрести по давности. Мы хотим, чтобы нас как-то назвали, чтобы мы могли договоры заключать». — «Это невозможно».

Хотя бы ради этого надо приобретательную давность расширить, а если не расширить, то как минимум владение легализовать. Это как раз те самые простые решения.

— Василий Владимирович Витрянский в своем интервью нашему журналу[2] сказал, что в результате реформы из действующей ст. 234 ГК, которая будет ст. 242, изымается признак добросовестности.

— Конечно, это надо сделать. Ни в одной стране мира нет такой приобретательной давности. Везде она двухступенчатая. Для добросовестных владельцев короткая, для недобросовестных — нет.

— То есть для добросовестного владельца должен действовать предел исковой давности?

— Да. А недобросовестный владелец — это любой, кто находится в объекте, брошенном собственником. Если собственник не хочет истребовать, что тогда? У нас таких объектов накопилось чуть ли не на четверть оборота: во время приватизации люди фактически занимали санатории, общежития, котельные, которые тогда нельзя было приватизировать. А теперь они ничего с ними не могут сделать. Кто-то и не хочет, а кто-то даже если и хочет, то ничего не может, потому что взял эти объекты без доброй совести. А государству они не нужны. Это в маленьких городах их пытаются вернуть муниципальным образованиям. Владельцы им говорят: «Нам надо сделать капремонт. Мы не можем уменьшить налог, потому что не можем отнести эти затраты на себестоимость. У нас этого имущества нет на балансе». А те отвечают: «Отстаньте от нас со своим общежитием». Надо же, наконец, это безобразие прекращать.

> Дело в том, что добросовестность для приобретения по давности — это вообще факультативное требование. Потому что добросовестность защищается веером других возможностей.

А без доброй совести здесь остается голая связка «собственник — владелец». Вопрос собственнику: оно тебе нужно? — Бери. Не нужно? — Отдай. Вот в чем заключается приобретение по давности.

Права застройки — еще одна перезревшая тема. Ну что это за аренда, когда земля выдается под застройку? Аренда — это когда передают вещь с тем, чтобы ее вернули в том же самом виде формальному собственнику. А когда передают вещь со словами: «Нам и не нужно, чтобы ты ее возвращал. Ты ее изменяй как хочешь», — это не аренда, а просто повод для злоупотреблений, для нарушения конкуренции. Выживают только те застройщики, которые могут договариваться с муниципальными собственниками.

Все понимают, что этот рынок невозможно разрушить в один момент. Поэтому в переходных положениях должно быть заложено: тех, кто уже получил землю на праве аренды, не трогаем. Но на будущее давайте уже предусмотрим право застройки, которое можно отчуждать, передавать в залог… На практике оно существует давным-давно, и я вообще не вижу здесь никакой проблемы. Вернее, проблема есть — политическая и идеологическая. Право застройки лишает будущего собственника квартиры права собственности, но и это мы можем обойти, потому что мы исключили помещения как фикцию из перечня объектов недвижимости в ст. 130 ГК. За счет этой фиктивности можно сохранить право собственности на помещение, оторвав его от здания. Тогда это будет политическое решение, которое система права может принять, не искажая его смысл.

Когда мы работали над правом застройки, нас беспокоило, что множество людей перестанут быть собственниками. А сейчас люди, соглашающиеся на долевое участие или на застройку, уже, в общем-то, понимают, что к чему. У них не будет политических

[2] *Витрянский В.В.* Вещное право должно быть урегулировано законом — от сих до сих: интервью // Закон. 2020. № 2. С. 24–32.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

претензий, если они получат не право собственности, а право застройки. Это по большому счету такое же право: отчуждаемое, наследуемое и т.д.

— Но как право застройки может ограничивать собственника помещения? Ведь принцип единого объекта требует, чтобы после введения объекта в эксплуатацию земля под ним перешла в долевую собственность правообладателей квартир.

— Это может быть решение, опрокидывающее этот институт. Но суперфиций возник как срочное вещное право. В отличие от собственности, которая принципиально вечная, суперфиций принципиально срочный. Не может быть вечного суперфиция. Просто суперфиций сопряжен с правом собственности, и по мере истечения его срока собственность становится все более ощутимой.

> Чем ближе к концу срока, тем меньше сто́ит право застройки и тем дороже становится моя собственность. В первый день она ничего не стоила, а через 100 лет заметно подорожала. Вот это классическое право застройки. У нас оно, скорее всего, будет искажено, поскольку этот срок может быть любым.

Вообще, идеальный срок суперфиция — это срок жизни объекта. Если ты строишь здание с эксплуатационным сроком 70 лет, то столетнего суперфиция тебе хватит. И все решается.

— **Реформа допускает выбор: продолжать использовать аренду или воспользоваться новым правом застройки. Не приведет ли это к коллизиям на практике?**

— Безусловно, приведет. Но принять иное решение мы не могли, иначе городские власти выступили бы против этого порядка. Это как приватизация предприятий по Чубайсу: если проводить ее так, чтобы все директора стали нашими врагами, мы ее не проведем. Нам же, наоборот, нужно, чтобы директора были в ней заинтересованы. Все понимают, что департаменты строительства городских администраций не допустят никаких резких движений, и им дают выбор. Можно сказать так: после смены мэра новые чиновники будут исходить из того, что они не вправе диктовать бизнесменам, что им делать. Выбирать начнут уже бизнесмены.

> Переходные положения реформы вещного права основаны на реальности. При этом я бы не ругал Россию — думаю, что в любой другой стране, где сложился такой административный рынок, ни один законодатель не смог бы поступить иначе.

Есть еще одна большая проблема. Как Вы знаете, арендная плата оформляется по кадастровой оценке. Сегодня ее еще можно пересмотреть по Закону об оценочной деятельности[3], но в Госдуму уже внесен законопроект, запрещающий проводить эту ревизию по отношению к прошлым периодам[4]. Это просто удар наотмашь, покупатель лишается права на пересмотр оценки с момента обращения в суд, что отвечает смыслу судебной защиты лица в любом ее понимании. А пересмотр оценки с момента внесения сведений в кадастр заменяет защиту права по воле истца более или менее произвольными действиями государственного органа, который, скорее, выступает на стороне ответчика. По существу, произвол, который и без того фактически повсеместен, вводится уже и в закон. Застройка есть застройка. Я приобретаю право, у меня есть фиксированный размер платежей — всё.

— Получается, расчет сделан на то, что оборот все-таки постепенно воспримет эту конструкцию. Но до сих пор непонятно, зачем застройщикам и органам публичной власти, которых устраивает существующая схема аренды, вдруг переходить на что-то новое.

— Я же сказал, что это начнется после смены мэра. Когда придет новая команда, которая еще не выстроила отношения с застройщиками.

— Все равно есть ощущение, что добровольно они сложившуюся практику менять не будут.

— Ну почему? Все пойдет естественным путем. Скорее всего, определенный импульс этому придадут банки, которым понятна залоговая конструкция суперфиция и совершенно непонятна залоговая конструкция

---

[3] Федеральный закон от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации».

[4] Проект федерального закона № 814739-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования государственной кадастровой оценки».

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

аренды. Банки будут соглашаться кредитовать, но под понятный им залог.

— А с единым объектом в переходный период проблем не возникнет?

— С единым объектом проще. Дело в том, что само по себе разделение прав на недвижимость и землю возникло по политическим причинам. И до сих пор политическая власть боится переходить к единому объекту. Потому что уходит право на постройку. За счет того, что мы отцепили помещения от объектов недвижимости, накал страстей удалось снизить. Проблема стоит уже не так остро, но распутывать ее придется долго.

На одном участке у нас могут находиться разные объекты: (а) принадлежащие нескольким собственникам и (б) частично не учтенные. Если мы скажем «единый объект», значит, мы скажем: «Ребята, разбирайтесь с правами». Рано или поздно мы должны были к этому прийти. Лет десять назад даже я стоял на том, что единый объект не нужен. Но он тогда и технически был невозможен: не было кадастровых инженеров, не было достаточных кадастровых документов.

Вам говорили: «Нужно застроить такой-то участок», а вы даже не могли узнать, кому принадлежит и сам участок, и объекты на нем. В 2005 г. выяснить это зачастую было реально сложно. Вам бы сказали, что есть только документы на здание. Вроде как оно принадлежит фирме *X*. Правда, еще есть котельная, но кому принадлежит она — неизвестно. И еще есть что-то вроде подсобки. Мы не можем найти на нее документы.

Сегодня можно хотя бы узнать, кому принадлежит участок. Но все равно между концепцией единого объекта и реальностью единых объектов предстоит пройти эти юридические разбирательства с постройками.

Просто появляется еще и юридический инструментарий для этого.

— Здесь могут помочь недавние изменения, которые усилили принцип внесения?

— Принцип внесения означает, что у нас должны быть надежные чиновники и надежные кадастровые инженеры. Если их нет, то принцип внесения означает только, что вы постоянно будете сталкиваться с возмущенными людьми.

— Давайте вернемся к принципу добросовестности. Когда он вводился в ГК, это обосновывали в том числе зарубежным опытом.

— Там своя предыстория. Когда еще действовал прежний ГК и я вел проекты с иностранцами, им казалось совершенно невероятным, что в нашем праве нет принципа добросовестности. Его начали вводить не только под давлением зарубежного опыта, но и под влиянием нашей практики — правда, явочным порядком и довольно грубыми шагами. Но мягких шагов и не могло быть, потому что не было нормы. Пытались реагировать на недобросовестность через ст. 10 ГК о злоупотреблении прав, хотя она немножко не о том.

Поэтому, когда в 2013 г. принимались поправки в первый раздел ГК, ни у кого не было сомнений в том, что принцип добросовестности следует закрепить в общих положениях: в реальности он уже существовал.

А потом началось то, о чем я не устаю говорить и что вызывает невероятный разброс мнений. Начались проблемы с применением этого принципа на практике. Примерно в 2015–2016 гг. упоминания добросовестности в судебных решениях начали лавинообразно нарастать, а где-то с 2017 г. они стали практически обязательными. Стороны стали бояться, что если они сами не сошлются на добросовестность, то на нее сошлются оппоненты. В результате ссылки-то появились, но можно ли это называть применением принципа? Я считаю, что нет. Здесь очень показательно 25-е Постановление Пленума[5], которое можно считать первым звоночком о том, что возникла проблема. Там принцип добросовестности упоминается только в самом начале, и такое умолчание может быть не менее важным, чем упоминание.

Что именно говорит Пленум? В первом пункте он говорит, что суд обязан применять этот принцип. Хорошо, а как его применять? Из Постановления следует только один ответ: осторожно. Но почему? Возьмем то самое Постановление о свободе договора, которое

[5] Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

Вы похвалили: там сказано, что нарушение добросовестности влечет ничтожность сделки, более того, его авторы привязывают к таким последствиям также противоправность с нарушением основ правопорядка. Открываем 25-е Постановление, смотрим положения о ничтожных сделках — никакой добросовестности, смотрим упоминание о противоправности — тоже никакой добросовестности. Никакой связи недобросовестности с нарушением основ правопорядка, вопреки толкованиям Постановления о свободе договора, определенно нет. Говоря о ст. 169 ГК, авторы 25-го Постановления просто вытащили из отменяемого Постановления 2008 г. о применении ст. 169 ГК[6] главное положение и переписали его. Но там не было никакой добросовестности и никаких принципов права, там упоминается перевозка наркотиков, нарушения по алкоголю и т.п.

> Получается, что общая интенция 25-го Постановления такова: проблема добросовестности есть, и мы от нее не отвертимся. Но как ее решать, пока не будем говорить и ранее высказанные подходы, во всяком случае, не подтверждаем. Точка.

— Может быть, это попытка упредить чересчур широкое толкование со стороны судов?

— Возможно, но она не удалась, потому что надо было более последовательно подходить. Давайте подумаем: а что мог бы предложить Пленум?

Для этого сначала надо понять, что такое принцип. Принцип — это не норма. А что такое норма? Смешно, что приходится об этом говорить, но все, кто о нормах пишет, этого либо не понимают, либо не хотят понимать. Норма — это правило поведения, в котором указано, что при таких-то фактах возникают такие-то права и обязанности. А принцип формулируется иначе, в нем не называются факты, их и нельзя назвать. В этом плане принцип похож на моральные нормы, которые говорят: веди себя хорошо. Что значит «хорошо»? Не знаю, мы этого написать не можем. Например, не обижай детей, защищай животных и т.п.

— Это руководящее начало, скажем так.

— Да, но, когда мы открываем нормы процессуального кодекса, мы видим, что при принятии судебного решения суд устанавливает, во-первых, фактические обстоятельства, а во-вторых — применимые нормы. А если взять принцип добросовестности, что судья будет устанавливать? Чтобы применить нормы к фактам, он должен эти факты найти в законе. Если в законе их нет, что ему применять? Пленум даже об этом не говорит, ведь это, в общем, очевидные вещи, которым должны учить юристов со студенческой скамьи. Хотя современные студенты вряд ли отличают принцип от нормы.

— Хорошо, что должен был сделать Пленум, чтобы принцип добросовестности заработал?

— Если суду надо применить принцип, он все равно должен установить факты, потому что именно совокупность фактов позволяет говорить о добросовестности или недобросовестности. Какой вывод отсюда следует? А такой, что никуда нам не уйти от прецедента.

> Мы сказали «а», значит, теперь, должны сказать и «б». Как только мы ввели принцип, мы должны ввести и систему прецедентов. В 2013 г. еще существовал Высший Арбитражный Суд, который был готов к этой работе, несмотря на бешеную критику.

— А Вы считаете, что у нас сейчас нет прецедентов в спящем виде?

— Они не могут быть в спящем виде: прецедент — это норма.

— По сути, Верховный Суд тоже создает нормы.

— Он открыто артикулирует обратное.

Возьмите решения судов первой и второй инстанций, где есть ссылка на добросовестность, и посмотрите, как проверяет их Верховный Суд: он или отменит решение, или усилит его, но без добросовестности. А если и упомянет ее, то так, что никакого прецедента не будет и в помине.

Я уверен, что авторы 25-го Постановления понимали это на уровне юридического инстинкта: если они ска-

[6] Постановление Пленума ВАС РФ от 10.04.2008 № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

жут про прецеденты, нижестоящие суды немедленно попросят помощи, потому что без Верховного Суда прецеденты не могут быть созданы. А Верховный Суд к этому не готов. Почему? Да потому, что у нас нет реальной самостоятельности судебной власти. Создание прецедента — это вторжение в сферу законодателя, а Суд боится туда вторгаться. Он считает, что ему тем самым предлагают выстрелить себе если не в висок, то в грудь. Он не чувствует себя у власти. Прецедент развивается в тех странах, где есть реальное разделение властей. А там, где его нет, прецедент невозможен.

Когда мы изложили ст. 1 ГК в действующей редакции, мы фактически создали механизм, который требует от судов проявлять себя как власть в стране, где суды не власть. И что мы сегодня получили? Наберите слово «добросовестность» в поисковике, и увидите десятки тысяч актов, ни один из которых даже теоретически не претендует на создание прецедента. Само по себе изложение этой темы требует казуистичности. Между прочим, в трехтомном комментарии к Кодексу, который издал Павел Владимирович Крашенинников, эту статью комментировал бывший министр юстиции Александр Владимирович Коновалов, и он прямо и совершенно правильно сказал, что ее применение должно быть казуистичным. А казуистичности у нас нет.

> Несмотря на то, что добросовестность обсуждается чуть ли не в каждом втором, а то и в каждом первом деле, вы лишены возможности сослаться на прецедент.

Суды не то что боятся применять прецедент — они боятся вообще сослаться на другое решение. Они понимают, что тем самым они перед Верховным Судом поставят фатальную задачу: подтвердить саму возможность использования другого решения как прецедентного. Суды если и ссылаются на другие акты, то только перечнем. Но это не прецедент, потому что прецедент — это именно вычленение юридического состава из фактического, и это обязанность Верховного Суда. В идеале должно быть издано постановление о ст. 1 ГК.

В п. 3 ст. 1 ГК написано, что стороны при осуществлении своих прав или обязанностей должны вести себя добросовестно. «При осуществлении своих прав» означает «при своем правомерном поведении», потому что невозможно при осуществлении прав вести себя неправомерно. Отсюда вывод, сделать который логически легко, но практически едва ли реально: недобросовестность возможна только на почве правомерного поведения. В п. 4 этой же статьи написано: сторона не вправе использовать свое незаконное *или* недобросовестное поведение в свою пользу. Это означает: незаконное — это одно, недобросовестное — совсем другое. Это подтверждает то, что написано в п. 3.

> Принцип добросовестности начинает работать как раз при правомерном поведении, но понимает это кто-то или нет?

Я вот сплошь и рядом вижу и в судебных актах, и судебных заседаниях, в которых участвую: поведение по существу правомерное, и довод стороны о недобросовестности отвергается именно на основании того, что поведение правомерно. То есть мы даже к этому пониманию не приблизились, и я не знаю, сможем ли мы это сделать или нет. Часть теоретиков утверждает, что недобросовестное поведение нарушает закон, потому что оно нарушает предписание вести себя добросовестно. Но это не так.

Дело в том, что сформулировать как запрет можно любую норму, кроме диспозитивной. Но запрет опять же предполагает формулировку определенного поведения. А принцип — это не определенное поведение, и в этом плане все запреты очень напоминают уголовно-правовые механизмы. Попробуйте какому-нибудь криминалисту сказать, что запрет может содержаться в неопределенных нормах-принципах, — вас немедленно выставят за дверь и скажут, что вы ничего не понимаете в уголовном праве. Все уголовное право сводится к поиску этой определенности: что именно запрещено? Как только запрет лишается определенности, он больше не может считаться таковым и превращается в предписание. Поэтому только определенный запрет можно считать нормативом.

— Запрет злоупотребления правом — это не норматив?

— Это не определенно. Определенно — это значит написать так, как в уголовном законе. Откройте УК — и вы увидите, как выглядит запрет.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

> В гражданском праве вообще не найти настоящих запретов.

Даже те нормы, которые называют запретом, не так сформулированы. Почему и говорят, что для ГК запреты нехарактерны. Но если вы хотите включить в ГК запрет, напишите, что именно запрещено.

— То есть запрет не может содержаться в каучуковой норме?

— Слово «каучуковая», если мы обсуждаем принципы, не вполне подходит. Принципы — это, как говорит Александр Львович Маковский, воздух: они дают возможность дышать. Их отличительная черта в том, что они требуют интеллектуальной работы суда, а сами по себе они не работают.

Отождествлять принцип с юридическим запретом и говорить, что нарушение принципов влечет ничтожность сделок, ответственность, — серьезная ошибка. Нарушение принципов вообще не может влечь ответственности, и об этом написано в самом законе. Раньше в ст. 10 ГК было одно последствие: сторона может лишиться права на судебную защиту, сейчас в п. 4 появилась возможность привлечения к ответственности в виде взыскания убытков в случае, если злоупотребление правом повлекло нарушение права.

— Вспомним известный теоретический спор: нарушение прав и злоупотребление правом — разные вещи? Можно ли злоупотребить правом, не нарушив прав других лиц?

— Наверное, нельзя, потому что нарушение чужого права — это злоупотребление своим правом. Конечно, этот п. 4 сильно затрудняет теоретический анализ. Для начала нам надо сказать, что никакого запрета, который нам известен из публичного права, в гражданском праве нет, принцип уж точно не запрет.

— Как же тогда применять запрет недобросовестного поведения?

— Этот запрет привязывают в основном к оспариванию сделки, используя позицию Высшего Арбитражного Суда о ничтожности сделки, сопряженной со злоупотреблением правом. Но мне известно, что в тот момент, когда Президиум ВАС принимал это решение, голоса разделились пополам, т.е. полной ясности не было. И в той дискуссии как раз ссылались на меня как на противника того, что злоупотребление правом может влечь такого рода последствия. Ведь совершение сделки — это проявление дееспособности, а понятия «злоупотребление дееспособностью» вообще не существует. Субъективное право имеет меру, и в рамках этой меры мы можем говорить о злоупотреблении, — этому тезису посвящена работа Вениамина Петровича Грибанова. А если меры нет, то чем там злоупотреблять? Не случайно закон ничего не говорит об этом, потому что нет злоупотребления ни правоспособностью, ни дееспособностью. У меня был такой аргумент, но тогда на него не обратили должного внимания.

— А правоспособность и дееспособность разве не определяют возможный объем прав и обязанностей?

— Определяют. Но как можно злоупотребить объемом возможных прав? Для заключения сделки вам достаточно быть субъектом права, как вы можете злоупотребить качеством субъекта права?

Теперь говорят, что нарушение добросовестности вообще может привести к признанию сделки незаконной. Но незаконная сделка, как написано в законе, — это сделка, нарушающая закон. А кто заключает сделку? Стороны. Значит, обе стороны нарушают закон, правильно? Попробуйте возразить.

— Нарушает закон только та сторона, которая злоупотребляет. К тому же возможно злоупотребление с одной стороны, если сделка односторонняя.

— Пожалуйста, найдите такой пример. Но вы не найдете, потому что это невозможно. Обе стороны совершают сделку, значит, они обе нарушают закон. А при недобросовестности всегда есть нарушитель и потерпевший. Обе стороны не могут одновременно злоупотребить своим правом, если только они не злоупотребляют совместно по отношению к третьему лицу — это пожалуйста. Пункт 2 ст. 174 ГК: сговор представителя и третьего лица против представляемого — вот пример совместной недобросовестности, но это не ст. 168.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

> Я не могу достигнуть с тобой общей воли и одновременно вести себя по отношению к тебе недобросовестно. Поэтому ст. 168 исключает недобросовестность, она не подходит для этой квалификации. Статья 169, соответственно, тоже не подходит, потому что это просто квалифицированный вариант ст. 168.

— То есть ст. 10 и 168 ГК — это порочная связка?

— Ошибочная. Если уж вы так хотите, то применяйте ст. 168 в связке со ст. 1.

Оттуда же вышло указание о недействительности сделки в обход закона, и в п. 8 самого 25-го Постановления об этом прямо говорится. Нельзя валить сделку, если обойден закон, и недобросовестность не подходит для того, чтобы сделки аннулировать. Но эта практика до сих пор существует и носит иногда просто курьезный характер, например когда сделки по ст. 61.2 Закона о банкротстве[7] дополнительно квалифицируют по ст. 168 ГК, хотя речь в них идет о разных вещах.

Когда мы нарушаем права кредиторов, действуем по отношению к ним недобросовестно, это нормировано. У нас эта недобросовестность должна выражаться в конкретных условиях. Это, так сказать, специальная недобросовестность. Но рассуждать о недобросовестности вообще, ссылаясь на недобросовестность по отношению к кредиторам, недопустимо, об этом как раз в п. 1 25-го Постановления и говорится: если есть конкретная норма, применяйте ее. Нельзя одновременно применять конкретную норму о недобросовестности, а потом еще и общую. Раз уж законодатель захотел описать специальную норму, он уже предусмотрел особые процедуры для оспаривания такой сделки. Вот на что намекает Пленум: не надо увлекаться. Статья 61.2 Закона о банкротстве говорит о недобросовестности, и когда я в обход очереди требования одного кредитора удовлетворяю, а требования другого нет, сделку можно оспорить по этому основанию. Но при этом нельзя применять другие проявления недобросовестности в обход этого конкретного запрета. На самом деле их трудно придумать, но если нужно норму обойти — придумывают. Говорят, что, кроме того, действует ст. 168 ГК и что сделка ничтожная, хотя по общему правилу ст. 168 сегодня уже говорит об оспоримости, а не о ничтожности.

— Еще один показательный пример из банкротства — удовлетворение требований кредитора третьим лицом, которое в результате получает контроль над этой процедурой. Действия внешне правомерные, но явно недобросовестные. Может быть, общий запрет недобросовестности должен действовать как раз для таких случаев?

— Для начала давайте основные фигуры на доске расставим, потом уже комбинации обсудим. Во-первых, нам надо понять, что такая сделка вообще не может оспариваться, только в специальных случаях. Пункт 2 ст. 174 ГК и ст. 61.2 Закона о банкротстве — это, как мы знаем, одно и то же, только первая применяется во внеконкурсном оспаривании, а вторая — в условиях конкурсных процедур в отношении должника. Больше при нарушении добросовестности сделки трогать нельзя. Но их трогают, причем трогают, когда захотелось. Захотели повалить сделку — ссылаются на недобросовестность. Это было во-вторых. А в-третьих, ст. 10 ГК вообще не может применяться для оспаривания сделок. У меня было одно показательное дело по этому поводу. Идет исполнительное производство, все счета должника арестованы: денег у него нет, но есть дебитор. Дебитор пытается оспорить аресты, суд отказывает. Тогда должник открывает на один день счет в банке, дебитор зачисляет туда деньги, и они уходят другому кредитору. Взыскатель предъявляет иск к ним обоим, потому что они солидарно вели себя недобросовестно по отношению к нему.

— По сути, это преимущественное удовлетворение.

— Здесь еще нет банкротства. Мы предъявили иск солидарно к должнику и связанным с ним лицам, которые участвовали в выводе денег, на основании ст. 10 ГК. То есть их действие было согласованным и направленным явно против интересов взыскателя. Дело попало в апелляцию, и судья сказал, что само по себе открытие банковского счета не является противоправным. Само по себе нет, но в совокупности фактов недобросовестность налицо — и это, кстати, еще один важный момент: недобросовестность всегда состоит в совокупности фактов и в каждом конкретном случае, как мозаика, складывается. Создание прецедентов как раз и состоит в нахождении этих

[7] Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

мозаик: на недобросовестность указывает такая-то комбинация фактов. Как в нашем случае: исполнительное производство, осведомленный о нем дебитор, открытие счета, стремительное перечисление средств в течение нескольких часов — вот эта совокупность фактов указывает на недобросовестность. Не отдельно открытие счета и не отдельно перечисление. Но апелляция посчитала, что все нормально, так оно и осталось. Суд первой инстанции решил дело в нашу пользу, но вторая и третья инстанции это решение отвергли. Хотя мог быть создан типичный прецедент по ст. 10 ГК. Кстати говоря, в таких случаях и сделку не надо оспаривать, ст. 10 работает иначе — через взыскание убытков.

> Если резюмировать, то нам надо признать три вещи. Первая: недобросовестные действия могут быть только правомерными. Вторая: недобросовестность — это всегда юридический состав из многих фактов. И третья: эти факты должны быть квалифицированы применительно к данному конкретному случаю и закреплены в практике нормами в результате деятельности высших судебных инстанций.

Без этого понимания единой практики нет и не будет, у нас даже надежды не будет на то, что проблему можно решить. Я потому и говорю, что более глубокого кризиса оборота у нас не было. И проблема здесь, в общем-то, в политической системе, в том, что суды не чувствуют себя властью.

— Более детальное регулирование правил об эстоппеле здесь может помочь?

— Может, но это будет локальное решение. А такие решения чрезвычайно загромождают закон и требуют большого напряжения от законодателя, потому что ему надо писать очень сложные нормы. И они все равно остаются локальными.

Иначе говоря, даже если та или иная проблема назреет, кристаллизуется, получит свое нормативное разрешение в Кодексе — все равно останется неурегулированной большая сфера, скажем по банковским деривативам. Лично я не представляю, какая там может быть специальная норма. В этом плане более эффективно действуют банки, которые юридически довольно квалифицированны: их юристы сами отслеживают практику и начинают принимать меры без нормативного регулирования. То есть они делают эту работу вместо судов, сами обрабатывают прецеденты.

Кстати, в Америке деривативы очень часто оспариваются на основании недобросовестности. Можно вспомнить и знаменитый скандал с *LIBOR*[8], когда выяснилось, что пять банков вступали в соглашения по поводу восьмой цифры после запятой, в результате чего были причинены миллиардные убытки. Первая реакция банков тогда была очень характерная: всем держателям мелкого и среднего бизнеса вернули премии. Сами поняли, откуда удар.

— Все-таки можно сказать, что эстоппель — это некая конкретизация правил о недобросовестности?

— Да, бесспорно, это конкретизация, которая идет из практики.

В свое время широко обсуждался такой случай: кто-то принимает исполнение по сделке, а потом, когда от него требуют встречное исполнение, ее оспаривает. В рамках действовавшего ранее законодательства контрагенту нечем было крыть, у него не было другой защиты, кроме как требовать отказа в иске на основании ст. 10 ГК. Решение в конечном счете воплотилось в эстоппеле, предусмотренном ст. 166 ГК. Хотя это не чистый эстоппель в том плане, что он не имеет процессуального значения, это не запрет. Другое дело, что, как мы уже говорили, поведение может быть недобросовестным, только когда оно само по себе правомерно. Здесь сохранена идея о том, что запретить оспаривание сделки нельзя, оно правомерно. Суд оставляет заявление без последствий и принимает во

---

[8] *LIBOR*, Лондонская межбанковская ставка предложения — эталонная процентная ставка предложения на рынке межбанковских кредитов в Лондоне. С 1986 г. Британская банковская ассоциация приняла на себя публичные обязательства регулярно рассчитывать *LIBOR* на основе мнения банков о ставках, по которым они могут предлагать кредиты друг другу. Ряд банков занижали свои ставки, чтобы продемонстрировать собственную высокую кредитоспособность. Это привело в 2008–2016 гг. к международному скандалу и глобальной реформе эталонных процентных ставок в мире. Подробнее см.: *Моисеев С.Р.* Замена LIBOR: последствия реформы эталонных ставок. *Econs.online,* 2019; *Vaughan L., Finch G.* The fix: How bankers lied, cheated and colluded to rig the world's most important number. Hoboken, New Jersey, 2017.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

внимание, но не отказывает в нем. Может быть, это некий рефлекс, но это уже тонкости.

Одно из самых революционных последствий этой нормы в том, что она привела к аннулированию реституции по незаконным сделкам. Если сделка незаконна, то обе стороны знают об этом. Кто предъявляет иск о реституции? Тот, кто исполнил. Мы этого не ожидали, хотя реформа и была направлена на сокращение таких случаев.

— Возможно ли применение эстоппеля в ситуации, когда стороны заранее знали о ничтожности сделки?

— Нет. Он объективно применяется. Закон есть закон. Если его нарушение для вас изначально было очевидным, вы не можете впоследствии сказать, что оно таковым не было.

— А если сторона понадеялась на исполнение ничтожной сделки, должно ли право защищать ее интересы?

— Я во всех комментариях пишу, что ничтожность — это не фатально. Суд защищает не законность, а интересы, права. Если частное право лица не нарушено — у суда нет оснований для защиты. Если нет обращения в суд — у суда нет почвы для вмешательства. Следовательно, ничтожная сделка, по поводу которой нет обращения в суд, не является порочной. В этом свете более логичное регулирование установлено Налоговым кодексом, для которого вообще нет понятия ничтожности, любой оборот облагается налогом.

— Уголовное право тоже может игнорировать эффект недействительности.

— В прошлом году я опубликовал статью[9], в которой написал, что незаконная сделка не только не подтверждает, а даже, напротив, опровергает хищение. Здесь тот же самый принцип: недействительная сделка — это нарушение закона. Хищение — это похищение чужого имущества, а такой формы хищения, как нарушение закона, у нас нет.

> Получается, любая действительная сделка исключает хищение, а любая незаконная его, скорее всего, опровергнет.

— То есть совершить мошенничество посредством действительной сделки невозможно?

— Невозможно. Потому что хищение — это изъятие имущества против воли. А если по воле, то сделка действительна. Значит, и хищения не будет.

Гражданский оборот исходит из того, что только сторона, интересы которой нарушены, может его разорвать. Но если этого не потребовалось, то у нас вообще нет предмета для обсуждения. Это то, что я называю «полицейский подход». Не ваше дело, законна сделка или незаконна, если нас, стороны, она устраивает.

— Возможно ли применение эстоппеля в ситуации, когда из поведения сторон нельзя однозначно вывести волю к совершению сделки? Хотя если бы такая сделка была, она бы была действительна.

— Для меня ответ на этот вопрос опять же связан с тем, оспаривает ли кто-то сделку. Возражения против иска возможны постольку, поскольку другая сторона не видит возражений по существу, даже если мы считаем, что сделка действительна. Но даже если она недействительна, то есть еще недобросовестность, этим все исчерпывается.

— А как насчет защиты разумных ожиданий?

— Они не имеют отношения к сделке. О чем эти разумные ожидания? О том, что сделка будет или не будет действовать? Если другая сторона дает мне понять, что она не потребует исполнения, а потом вдруг его требует, максимум, на что я могу рассчитывать, это на компенсацию убытков, и то, если я докажу, что действия контрагента были направлены исключительно мне во вред, по ст. 10.

— Можно оценивать исполнение или же принятие исполнения по оспоримой сделке через эстоппель?

— Там более сложная ситуация. Оспоримая сделка более гибкая, потому что, пока она не оспорена, она действительна. И само по себе оспаривание нуждает-

[9] *Скловский К.И.* Недействительность сделки и хищение // Законодательство. 2019. № 7. С. 63–70.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14

ся в обосновании того, что ты вообще оспариваешь. Когда мы реформировали главу 9 ГК, мы ориентировались на два известных тезиса. Один из русского права — не надо трогать сделки без крайней необходимости, а второй из международного — все должно толковаться в пользу, а не против сделки.

> У нас до реформы все толковалось против сделки, и эта тенденция до сих пор сохранилась, особенно в судах общей юрисдикции. Там, если можно провалить сделку, ее провалят. А должно быть наоборот: если сделку можно спасти, ее надо спасать.

— Но всегда ли противоречивое поведение должно влечь такие последствия, как предполагает эстоппель?

— Давайте рассмотрим простую ситуацию. Вы уезжаете за границу и хотите сдать свой дом в аренду. Находите арендатора, он говорит: меня все устраивает, беру. Потом за три дня до вашего отъезда отказывается: нет, не беру. Вы находите другого человека, договариваетесь с ним, и тут опять появляется первый: все-таки беру. Я не вижу, что он заведомо недобросовестный, надо сначала разобраться: почему он так себя повел? Может быть, в его поведении будет что-то порочное, а может, и не будет.

> Нельзя заведомо сказать, что любое противоречивое поведение недобросовестное.

— Как Вы считаете, эстоппель в принципе может претендовать на некое общеправовое значение?

— В нем заложена весьма здравая идея: нельзя использовать собственные нарушения или собственную неосмотрительность себе на пользу. В этом виде — да, наверное, его можно считать общеправовым. Я, пожалуй, был бы не против общих рекомендаций по поводу недобросовестности в процессе. У нас в процессе стороны действительно порой отвратительно себя ведут, но поскольку и суд ведет себя не очень хорошо, то у него не хватает смелости применить к сторонам меры воздействия. Возьмем тот же английский институт уважения к суду — он у нас не сработает никогда. Потому что суд, который не уважает сам себя, не может требовать уважения от других.

Loaded: 20-05-2024 AMt 06:05:14